جامعـــة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بالدقهلية
قسم الفقه المقارن
""""""""""""""""""""""""""""""""""""

التملك الجبري بطريق الشفعة
في ميزان الفقه الإسلامـــي
دراسة مقـــارنة

""

دكتــــــــــور
""""""""""""""""""""""""""""""""""
عبد الحليـم محمـد منصـور عـلى
مدرس الفقـــه المقـــارن بالكلية
""

١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م
""""""""""""""""""""""""""""""""""

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أكمل لنا ديننا وأتم علينا نعمته ورضي لنا الإسلام دينا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، والصلاة والسلام علـــى أشــرف المرسلين وإمام المتقين وقائد الغر المحجلين يوم القيامة ســيدنا محمـــد صلى الله عليه وعلى آله ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد .

فإن شريعة الإسلام شريعة سمحة تعمل على أن يتعايش الناس في مجتمع المسلمين في أمن وأمان وسلام دون أن يعكر صفو هذا الاستقرار شيء لذا كانت تشريعات الإسلام في مختلف الجوانــب تهــيء المنـــاخ الملائم لاستقرار حياة المسلم في هذه الحياة الدنيا .

ولما كانت أسباب اكتساب الملكية متعددة منها ما هو مشروع على وفق الأصل كما هو الشأن في حالة البيع والهبة والميراث ونحو ذلك .

ومنها ما هو مشروع على خلاف الأصل مثل تشريع الشفعة التي يتملك فيها الشفيع الشيء المباع رغما عن صاحبه وجبرا عنه وهذا مـــا يسميه الفقهاء بالتملك الجبري لأن الشفيع يأخذ الشيء المشفوع فيه جبرا عن مالكه وذلك رفعا للضرر الذي يمكن أن يلحقه لو بيع هذا الشيء إلى الغير بسبب سوء المعاشرة والمعاملة في استعمال أو استحداث المرافــق المشتركة أو إعلاء الجدار أو إثارة الغبار وإيقاف الدواب ولعــب الأولاد الذي يحدث غالبا بين الشركاء والجيران .

ومن المقرر شرعا أنه " لا ضرر ولا ضرار " (١) كما أن حسن المعاشرة يقتضي رعاية مصلحة الشريك أو الجار ورعاية المصلحة أمر مطلوب شرعا .(١)

هذا وتشريع الشفعة هذا يعد من مبتكرات شريعة الإسلام لم تعرفه سائر الشرائع القديمة وإنما نشأ في ظل الشريعة الإسلامية ، ويرجع الفضل في تقريره إلى أئمة الفقه الإسلامي الذين كشفوا النقاب عن طبيعة هذا الحق وشروطه وآثاره وما يتعلق به من ضوابط تعمل على استقرار المعاملات في المجتمع .

ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المطبقة منذ الفتح الإسلامي إلى وقت وضع التقنينات المدنية فقد أدى ذلك إلى رسوخ فكرة الشفعة كجزء من التقاليد القانونية للبلاد ، مما حمل واضعي القانون المدني المختلط ثم المجموعة المدنية الأهلية إلى إدراج الشفعة ضمن أسباب كسب الملكية واقتباس أحكامها من مصدرها وهو الشريعة الإسلامية ، رأى المشرع وضع تشريع خاص بالشفعة في القضاء المختلط

---

(١) سنن البيهقي الكبرى ٧ /٧١

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٦ /٤٨٨٨

وآخر للقضاء الأهلي في عامي ١٩٠٠ / ١٩٠١ م على التـــوالي وظـــل معمولا بهما إلى أن ألغي القانون مع المجموعتين المدنتين نظرا لانتهـــاء الامتيازات الأجنبية وإلغاء القضاء المختلط وصدر القانون المدني الحالي المعمول به منذ ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ م متضمنا أحكامـــــــــا تفصـــيلية للشفعة .(١)

ونظرا لأهمية الشفعة في المجتمع سواء من الناحية الشرعية أو القانونية فإنني سوف أتناول هذا الموضوع بالبحث والدراســـة لأكشـــف اللثام عن عظمة شريعة الإسلام التي سبقت قوانين الدنيا في تشـــريعاتها العظيمة والتي تجعلها دائمة مرنة وصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان وذلك من خلال دراسة أحكام الشفعة في الفقه الإسلام وبيان أحكامها التي تهم الناس في المجتمع متوخيا في كل ذلك سهولة العبارة وجزالة اللفـــظ ووضوح المعنى ما أمكن حتى يسهل على القاريء فهمها .

والله العظيم أسأل أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكـــريم وأن ينفع به طلاب العلم والمسلمين في كل وقت وحين ، إنه على كل شـــيء قدير وبالإجابة جدير ، وإنه نعم المولى ونعم النصير .

المؤلف .

د / عبد الحليـــم منصـــور

---

(١) نظرية الشفعة في القانون المصري للمستشار عزت حنورة ، ص ٧ ، ط ، ١٩٨٧ م

المبحث الأول

****

تعريف الشفعة وحكمها وحكمة مشروعيتها

****

وفيه ثلاثة مطالب :

****

المطلب الأول : تعريف الشفعة

المطلب الثاني : حكم الشفعـــة

المطلب الثالث : حكمة مشروعية الشفعة

****

****

****

المطلب الأول : تعريف الشفعة

الشفعة لغة : مأخوذة من الشفع وهو الضم يقال : شفعت الشيء شفعا إذا ضمته إلى الفرد فصار شفعا أي زوجا . وهي اسم للملك المشفوع بملكك من قولهم كان وترا فشفعته بآخر أي جعلته زوجا له ومنه تكره الصلاة بين الإشفاع يعني التراويح كأنه جمع الشفع وهو خلاف الوتر وفي الدرر وهي لغة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع .(١)

وشرعا : عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة ومتنوعة تبعا لاختلاف أنظارهم إلى حقيقتها .

١ ـ **عرفها الحنفية بأنها** : عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار . وقيل : هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه هذا في الشرع وزاد بعضهم شركة أو جوار . (١)

٢ ـ **عند المالكية هي** : استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمن (٢)

وقيل هي : استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه (٣)

٣ ـ **عند الشافعية** : هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض " (٤)

---

(١) البحر الرائق ج: ٨ ص: ١٤٣

(٢) شرح الزرقاني ٣ / ٤٧٥ (٣) التاج والإكليل ٥ / ٣١٠

(٤) إعانة الطالبين ٣ / ١٠٧ ، فتح الوهاب ١ /٤٠٦ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٦ ، نهاية الزين ١ /٢٣١

٤ ــ عند الحنابلة هي : وهي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يــد مشتريها (١)

وبالنظر في التعريفات سالفة الذكر يتضح الآتي :

١ ــ نص الحنفية على أن الشفعة تثبت للجار ومن باب أولى فهي تثبت أيضا للشريك في ذات المبيع أو في حق من حقوقه .

٢ ــ ذهب الشافعية إلى أن الشفعة تثبت فقط للشريك القديم علــى الشــريك الحادث ومن ثم فهي لا تثبت للجارولا للشريك في حق من حقوق المبيع ولا للشريك الحادث على الشريك القديم .

٣ ــ ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الشفعة تثبت للشريك مطلقا ســواء كــان قديما أو حادثا ولم ينصوا على ثبوتها للجار ولا للشريك في حــق مــن حقوق المبيع .

٤ ــ من خلال ما تقدم يتضح أن فقهاء المذاهب الثلاثة يثبتون الشفعة للشريك على خلاف بينهم في كونه القديم أو لا ؟ ولا يثبتونها للجار ولا للشريك في حق من حقوق المبيع ، أما الحنفية فإنهم يثبتــون الشــفعة للجــار وللشريك مطلقا ، وهذا هو أوسع المذاهب نطاقا من حيث ثبوت الشفعة ، ويقابله الشافعية الذين يضيقون من نطاقها إذ يقصرونها على الشريك القديم فقط . ويتوسط هذا وذاك المالكية والحنابلة الذين يثبتونها للشريك مطلقا

* لكن الذي نراه راجحا في هذا الصدد هو تعريف الحنفية لكونه أوسع نطاقا مــن غيره ولكونه أيسر على الناس ومحققا لمصالح المسلمين في المجتمع .

---

(١) المبدع ج: ٥ ص: ٢٠٣ ، عمدة الفقه ٥ / ٢٠٣ ، الإنصــاف ٦ / ٢٥٠ ، الكــافي ، ١ / ٤١٦ ، كشاف القناع ٤ / ١٣٤ ، المغني ٥ / ١٧٨ .

المطلب الثاني : حكم الشفعـــة

اختلف الفقهاء في حكم الشفعة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور فقهاء المذاهب الفقهية إلى أن الشفعة جائزة ومشروعة (١)

الرأي الثاني : ذهب أبو بكر الأصم إلى القول بعدم مشـــروعية الشـــفعة وعدم جوازها شرعا (٢)

[الأدلـــــــــــــــــــــــــــــة]

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل الجمهور المثبتون لحـــق الشـــفعة بالســـنة والإجماع والمعقول

أولا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ ما روي عن جابر رضي الله عنه قال قضى رسول الله صـــلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فـــلا شفعة . متفق عليه (٣)

٢ ــ ما رواه مسلم أن النبي ε قال قضى بالشفعة في كل شرك لـــم

---

(١) البحر الرائق ج: ٨ ص: ١٤٣ ، شرح الزرقاني ٣ / ٤٧٥ (٣) التـــاج والإكليـــل ٥ / ٣١٠ ، إعانة الطالبين ٣ / ١٠٧ ، فتح الوهاب ١ /٤٠٦ ، مغنـــي المحتـــاج ٢ / ٢٩٦ ، نهاية الزين ١ /٢٣١ ، المبدع ج: ٥ ص: ٢٠٣ ، عمدة الفقه ٥ / ٢٠٣ ، الإنصـــاف ٦ / ٢٥٠ ، الكافي ، ١ / ٤١٦ ، كشاف القناع ٤ / ١٣٤ ، المغني ٥ / ١٧٨ .

(٢) نيل الأوطار ٥ /٢٨١ ، المغني ٥ / ١٧٨ .

يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به (١)

٣ ـــ ما رواه البخاري : إنما جعل رسول الله صـــلى الله عليـــه وســـلم الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصـــــرفت الطـــرق فـــلا شفعة (٢)

٤ ـــ ما روي عن إبراهيم بن ميسرة سمعت عمرو بن الشريد قال جـــاء المسور بن مخرمة فوضع يده على منكبي فانطلقت معه إلى ســـعد فقال أبو رافع للمسور: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتي الذي في داري ؟ فقال : لا أزيده على أربعمائة إما مقطعة وإما منجمة قال : أعطيت خمسمائة نقدا فمنعته ولولا أني سمعت النبـــي صـــلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبه ما بعتكه أو قال ما أعطيتكـــه قلت لسفيان إن معمرا لم يقل هكذا قال : لكنه قال لي هكذا . (٣)

٥ ـــ عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا حـــدت الحـــدود وصرفت الطرق فلا شفعة . (٤)

٦ ـــ عن سعيد عن قتادة عن الحسن عن سمرة قـــال قـــال رســـول الله

---

(١) مسند أبي عوانة ٣ /٤١٣ ، مصنف ابن أبي شيبة ٤ /٥١٩ ، مصنف عبد الرازق ٨ /٨٢

(٢) صحيح البخاري ٢ / ٨٨٣ .

(٣) صحيح البخاري ج: ٦ ص: ٢٥٥٩ ، برقم ٦٥٧٦

(٤) سنن البيهقي الكبرى ٦ / ١٠٣

صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار . (١)

٧ ــ عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن أبيه أنه باع من رجل نصيبا له من دار له فيها شريك فقال شريكه أنا أحق بالبيع من غيري فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجار أحق بسقبه (٢)

٨ ــ بما روى عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه قيل ما السقب قال الجوار.(٣)

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : دلت هذه الأحاديث بمجموعها دلالة واضحة وصريحة على ثبوت حق الشفعة سواء للشريك أو للجار وهذا يدل على مشروعيتها وأن الأخذ بها والمطالبة بها جائزة .

ثانيا ــ الإجماع : حيث أجمع علماء المسلمين سلفا وخلفا على مشروعية الشفعة وعلى جواز مطالبة الشفيع بها .قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط . (٤)

---

(١) سنن الترمذي ج: ٣ ص: ٦٥٠ . قال أبو عيسى حديث سمرة حديث حسن صحيح

(٢) سنن الدارقطني ج: ٤ ص: ٢٢٤

(٣) سنن الدارقطني ج: ٤ ص: ٢٢٤

(٤) المغني ٥ / ١٧٨

ثالثا ــ المعقول :

في القول بمشروعية الشفعة رفع للضرر عن الشريك أو الجار والشريعة تعمل على رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن .

قال ابن قدامة :" والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليصه شريكه من الضرر فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه " (١)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل أبو بكر الأصم على القول بعدم مشروعية الشفعة بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى :" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (٢)

وجه الدلالة : نهى الله عز وجل عن أخذ أموال الناس بالباطل كالخيانة والسرقة والغصب والقمار والربا ثم استثنى التجارة عن تراض بقوله " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " وهو استثناء منقطع دفع به توهم أن تدخل التجارة عن تراض في الباطل الذي ذكرته الآية ، فلو كانت الشفعة التي لا تراض فيها مشروعة لكانت أحق بالاستثناء لأنها يتوهم

---

(١) المغني ٥ / ١٧٨

(٢) النساء ، آية : (٢٩)

دخولها أكثر لعدم التراضي فيها ومن ثم فعدم استثناؤها دليل على عدم مشروعيتها .(١)

مناقشة هذا الاستدلال : إن الأخذ بالشفعة لا يتوهم فيه الباطل المذكور في الآية لأن الأخذ بها يكون بمثل الثمن أو القيمة بخلاف التجارة ، فإن الإنسان قد يشتري بعشرة ويبيع بمائة فيتوهم أن هذا داخل في الباطل فاستثناه الله عز وجل رفقا بعباده ولطفا . (٢)

ثانيا ــ من السنة : بما روي أن النبي ε قال :" لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب من نفسه " (٣) وفي الأخذ بالشفعة رغما عن المشتري أكل لمال المسلم بغير طيب من نفسه فيكون الأخذ بها منهيا عنه

مناقشة هذا الاستدلال :

إن المنهي عنه هو أخذ المال الذي حصل عليه صاحبة باستعمال حقه الذي رسمه له الشارع مثل البيع والإجارة والهبة ونحوها أما المال الذي حصل علية بإساءة استعمال حقه وإلحاق الضرر بغيره بتملكه إياه فأخذه منه بالطريق الشرعي فهذا ليس منهيا عنه ومن ذلك الحصة التي باعها الشريك أو الجار لأجنبي فإقدام الأجنبي على شرائها وتملكها والشريك أو الجار في حاجة إليها إساءة منة في استعمال حقه الذي رسمه

---

(١) الأبحاث النافعة في الرهن والشفعة والميراث ، د/ محمد حسين قنديل ، د/ حمدي رجب ، د/ عبد الباسط عمارة ، صــ ١٥٥ .

(٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، ص ١٥٥

(٣) سنن الدارقطني ، ٣ / ٢٥ / ٢٦ .

له الشارع فأخذ الشريك لتلك الحصة من الأجنبي ليس منهيا عنه ، من ذلك الحصة التي باعها الشريك أو الجار لأجنبي فإقدام الأجنبي على شرائها وتملكها والشريك أو الجار في حاجة إليها إساءة منه في استعمال حقه الذي رسمه له الشارع فأخذه لتلك الحصة من الأجنبي بغير رضاه ليس منهيا عنه بل هو واجب وذلك لدفع الضرر عن نفسه على أنه لا ضرر في الأخذ بالشفعة على الأجنبي ، لأنه سيحصل على ما دفعه ثمنا لما اشتراه وكل ما في الأمر أن الصفقة أخذت منه ، فحاله بعد أخذ الصفقة هو حاله قبل أخذها .

ولو سلمنا جدلا أن في أخذها منه ضررا فإن ضرر الشفيع أعظم بالتضييق عليه والاطلاع على عوراته ورفع أعظم الضررين واجب ومن أجل ذلك جاءت الأحاديث متضافرة على ثبوت الشفعة وأنها حق للشريك أو الجار إذا طلبها فكانت مخصصة للعموم في حديث " لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب من نفسه " (١)

ثالثا ــ المعقول : إن في إثبات الشفعة ضررا بأرباب الأملاك لأن المشتري إذا علم أنه سيؤخذ منه الشيء الذي يشتريه لن يقدم على الشراء وبذلك يتضرر الملاك لعدم وجود ن يشتري منهم .(٢)

قال ابن قدامة :" ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم فإنه قال لا تثبت

---

(١) الأبحاث النافعة ، السابق ، ص ١٥٦ .

(٢) د/ محمود العكازي ، بحوث في الرهن والشفعة والقضاء في الإسلام ، ص٦ ، ط ، ١٩٨٦ م

الشفعة لأن في ذلك إضرارا بأرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنــه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عــن الشــراء فيتضــرر المالك"(١)

مناقشة هذا الاستدلال من وجوه :

الوجه الأول : هذا الكلام غير مسلم لأنه مخالف لمـا ورد فـي السـنة الصحيحة ومخالف للإجماع المنعقد قبله ومن ثم فلا يعتد به .

الوجه الثاني : إن القول بأن تشريع الشفعة والأخذ بهـا يجعـل النـاس يحجمون عن الشراء ولا يجد البائعون منت يشتري منهم قول غير مقبول لأننا نشاهد الشركاء يبيعون ولن يعدم الشركاء من يشتري منهم من غير شركائهم .

الوجه الثالث : إن البائع إذا لحقه مشقة من جراء الأخذ بالشفعة فلــه أن يطالب بالقسمة وبذا يسقط الحق في طلب الشفعة .

جاء في المغني :" .. وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجمــاع المنعقد قبله والجواب عما ذكره من وجهــين : أحــدهما : أنــا نشــاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولــم يمــنعهم استحقاقه الشفعة من الشراء ، الثاني : أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة " (٢)

---

(١) المغني ٥ / ١٧٨

(٢) المغني ٥ / ١٧٨

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه يبـــدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بمشـــروعيتها وجـــواز الأخذ بها وذلك لصحة الأحاديث الواردة عن رسول الله ع وكثرتها الأمر الذي يجعل النفس تطمئن إليها وتطمئن إلى العمل بموجبها.

كما أن ما استند إليه أبو بكر الأصم من أدلة فهي لم تســلم مـــن الطعن والمناقشة لأنها أحاديث عامة قد دخلها التخصيص مثل حديث " لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب من نفسه " والقاعدة الأصولية أن العـــام يحمل على الخاص ويبنى عليه ولو كان متأخرا عنه "

وفي هذا جمع بين الأحاديث حسن لأن إعمال الأدلة كلها خيـــر مـــن إعمال البعض وإهمال البعض الآخر ، كما الضرر الذي يدعي أبو بكر الأصم وقوعه على الشركاء والمشترين غير مسلم إضافة إلى أن الضرر الذي يلحق الشفيع من جراء البيع للغير يفوق ضرر المشتري والشريك لأن الشريك سيبيع بثمن المثل ، والمشتري يمكنه أن يشتري ما يريد من شخص آخر ، بخلاف الشفيع الذي لا يستطيع أن يعالج هذا الأمـــر إلا عـــن طريـــق شراء حصة شريكه وهذا هو ما تقرره الشريعة في مثل هذه المواقف .

لذا أجد في نفسي ميلا واطمئنانا إلى ترجيح الرأي الأول والعمـــل بموجبه . والله أعلم .

المطلب الثالث : حكمة مشروعية الشفعة

تكمن حكمة التشريع الإلهي للشفعة في دفع ضرر الدخيل الأجنبي الذي يأتي على الدوام بسبب سوء المعاملة والمعاشرة في استعمال أو استحداث المرافق المشتركة أو إعلاء الجدار أو إيقاد النار أو منع ضوء النهار وإثارة الغبار وإيقاف الدواب ولعب الأولاد لا سيما إذا كان خصما أو ضدا .(١)

وقد تكون الحكمة هي دفع ضرر القسمة ، لا سيما إذا أراد الأصيل أن يتخلص من شركته فلا يجد سبيلا يخلصه منها إلا قسمة العقار المشترك وقد لا تكون القسمة ممكنة لسبب أو لآخر ، وعلى فرض إمكانها فإن الأصيل يتحمل وحده مصاريف القسمة وما يستتبع ذلك من استحداث المرافق للحصة التي قسمت وغير ذلك

ومع تحمل هذه المشقة وتلك النفقات فإن ضرر سوء الجوار لا يزال باقيا بعد إجراء القسمة وقد يدفعه سوء الجوار إلى بيع عقاره وكل ذلك فيه ضرر للأصيل ولا سبيل لدفع تلك الأضرار إلا بإثبات حق الشفعة له .(٢)

هذا وإذا كانت الشفعة قد شرعت على خلاف الأصل لأن الأخذ بها ينافي قاعدة اشتراط الرضا في انتقال الملك من شخص إلى آخر

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٦ / ٤٨٨٨ .

(٢) د/ محمود العكازي ، السابق ، ص ٩ / ١٠

ولكنه استثناء دعت إليه الحاجة والمصلحة وليس فيه ضرر فقد توفر للبائع المال الذي يعوضه عن ملكه وكان المشتري في غنى عما اشتراه قبل شرائه وقد وجد من هو أحق منه فقدم عليه دفعا للإضرار به وتمكينا له من حقه وما شرعت الشرائع إلا لهذه الغاية .(١)

ولكن ما هو الضرر الذي شرعت الشفعة لرفعه ؟

المتفق عليه بين الفقهاء أن الشفعة شرعت لرفع الضرر ولكن ما هو الضرر الذي شرعت الشفعة لدفعه ؟

اختلف الفقهاء في تحديد نوع هذا الضرر على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الضرر الذي شرعت الشفعة لدفعه هو ضرر القسمة في العقار الذي يقبل القسمة قال الشربيني :" والمعنى فيه دفع ضررمؤنة القسمة واستحداث المرافق كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه .(٢)

---

(١) الأبحاث النافعة ، السابق ، صـ١٥٧ .

(٢) الإقناع للشربيني ج: ٢ ص: ٣٣٥

جاء في شرح زبد ابن رسلان :" .. ولا في طاحونة وحمام وبئر لا يمكن جعلها طاحونين وحمامين وبئرين فلا شفعة فيها ولو كان بينهما دار صغيرة لأحدهما عشرها فباع حصته لم تثبت للآخر لأمنه من القسمة إذ لا فائدة فيها فلا يجاب طالبها لتعنته بخلاف العكس ويعتبر في الآخذ بها كونه شريكا في رقبة العقار. شرح زبد ابن رسلان ج: ١ ص: ٢١٨

وجاء في حاشية الدسوقي :" وأما علتها على الأول فهـي دفـع ضـرر القسمة والحاصل أننا إن قلنا إن سبب الشفعة دفـع ضـرر المقاسـمة خصت بما ينقسم إذ لا يجاب لقسمة غيره " (١)

ومن ثم فالضرر الذي شرعت الشفعة لدفعه وفقا لهذا الرأي هو الضـرر القسمة فيما يقبلها لأن الشريك الحادث قد يطالب الشريك بالقسمة فيترتب على ذلك من الضيق في المرافق ما يتضرر به لأنه كان قبـل القسـمة يرتفق بالدار كلها أو بالأرض كلها وبأي موضع شاء فإذا وقعت الحدود ضاقت به الدار والأرض وقصر على موضع منها وفي هذا ضرر ظاهر فمكنه الشارع بحكمته من دفع هذا الضرر عن نفسه بأن يكـون أحـق بالمبيع من الأجنبي .(٢)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية إلى أن الضرر الذي شرعت الشفعة لرفعـه هو ضرر الجوار والشركة

قال السرخسي :" .. وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام باتصـال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه والناس يتفاوتون فـي المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس لحسن خلقه وعن جواره البعض لسوء خلقه فلمكان أنه يتأذى بالجار الحادث يثبت له حق الأخـذ بالشفعة لا لدفع ضرر مؤنة المقاسمة " (٣)

---

(١) حاشية الدسوقي ج: ٣ ص: ٤٧٦ .

(٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، ص ١٥٧ .

(٣) المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ٩٥ .

وجاء في الهداية :" والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على مـــامر وأنـــه ينتظم القسمين ما يقسم ومـــالا يقســـم وهـــو الحمـــام والرحـــا والبئـــر والطـــــريق ." (١)

الرأي الثالث : ذهب الظاهرية إلى أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة مطلقا سواء أكانت الشركة في عقار أم منقول فالشـــفعة شـــرعت لـــدفع ضرر ذلك كله لأن الشركة مظنة للاختلاف والشقاق وقد أمكن زوالهـــا برغبة الشريك في البيع ولا يضره أن يبيع نصيبه لشريكه بالثمن الـــذي يريد أن يبيع به للأجنبي فيستبد الشريك بالملك كله ويزول عنه الضـــرر بدون إضرار بالشريك البائع لوصوله إلى الثمن الذي هو مقصوده مـــن البيع . (٢)

قال ابن حزم :" والشفعة واجبة وإن كانت الأجـــزاء مقســـومة إذا كـــان الطريق إليها واحدا متملكا نافذا أو غير نافذ لهم فإن قسم الطريق أو كان نافذا غير متملك لهم فلا شفعة حينئذ كان ملاصقا أو لم يكن " (٢)

والذي يبدو لي رجحانه في هذا الصدد هو ما ذهب إليه الحنفيـــة من أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار والشركة في العقار وذلك لأن عموم النصوص الواردة في الشفعة تؤيد هذا الاتجاه . والله أعلم .

---

(١) الهداية شرح البداية ج: ٤ ص: ٣٤ .

(٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، ص ١٥٨ .

(٣) المحلى ج: ٩ ص: ٩٩ مسالة : ١٦١٢ .

المبحث الثاني : سبب الشفعة

اتفق الفقهاء على أن سبب الشفعة هو اتصـــال العقـــار المملـــوك للشفيع بالعقار المبيع وقت البيع ولكنهم اختلفوا في تحديد هذا الاتصـــال على رأيين : (١)

الرأي الأول : ذهب الحنفية إلى أن سبب الشفعة اتصال العقار المملـــوك للشفيع بالعقار المبيع وقت البيع أو بالشركة في حق من حقـــوق المبيـــع وقت البيع كحق الشرب وحق المرور أو بالاتصال عن طريق الجـــوار والملاصقة .

جاء في البدائع :" .. فسبب وجود الشفعة أحد الأشياء الثلاثة الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار وإن شـــئت قلت أحد الشيئين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند أصـــحابنا رضـــــي الله عنهم "(٢)

المراد بالشركة في حقوق المبيع :

هي حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل :

أولا ــ حق الشرب : هو اشتراك العقار المبيع مع غيره في مجرى مائي خاص بأصحاب الأراضي التي تشرب وترتوي من هذا المجرى فيكـــون لأصحاب العقارات التي تشترك مع العقار في هذا الحق المطالبة بالشفعة

---

(١) د/ محمود العكازي ، السابق ، ص٤ .   (٢) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٤

ثانيا ــ حق المجرى : هو حق المرور في طريق خاص بحيث يكــون هذا الطريق مختصا بأصحاب هذه العقارات لا غير ومن ثم فالعقــارات التي تشترك مع العقار المبيع في حق المرور يكــون لأصــحابها حــق المطالبة بالشفعة لاشتراكهم ع العقار المبيع في حق المرور .

ثالثا ــ حق المسيل : وهو حق تصريف المياة ومن ثم فالعقارات التــي تشترك في مصرف خاص بها يكون لأصحابها حق الأخذ بالشفعة نظرا لاشتراكهم في حق المسيل أما إذا كان الحق عاما فلا شفعة لأحد الشركاء في هذه الحــالة. (١)

الرأي الثاني : ذهب جمهور الفقهاء إلى أن سبب الأخــذ بالشــفة هــو الشركة في نفس العقار المبيع لا غير ومن ثم فلا تثبــت الشــفعة فــي الشركة في حقوق المبيع ولا تثبت للجار .

قال الشيرازي :" .. ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشــاع فأمــا الجار والقاسم فلا شفعة لهما (٢)

---

(١) د/ محمود العكازي ، السابق ، ص٤ / ٥

(٢) المهذب ج: ١ ص: ٣٧٧ ، الشرح الكبير ٣ / ٤٧٣ ، كشاف القناع ٤ / ١٣٨

المبحـــث الثالث

أركان الشفعـــــة

تقوم الشفعة على الأركان التالية :

١ ــ الشفيع : وهو من يستحق الأخذ بالشفعة

٢ ــ المشوع فيه : وهو المبيع الذي يستحق الشفيع أخذه بالشفعة

٣ ــ والشفوع به : وهو ما يدفعه الشفيع من الــثمن أو القيمــة للشـــيء المبيع (المشفوع فيه)

٤ ــ المشفوع عليه : وهو من يؤخذ منه المبيع بالشفعة (المشتري)

٥ ــ الصيغة :

وسوف أتناول كل ركن من هذه الأركان في مطلب مستقل على النحــو التالي :

المطلب الأول : الشفيع

سبق القول إن الشفيع هو الذي يثبت له الأخذ بالشفعة عند وجود سببها ، ولكن الفقهاء اختلفوا فيمن يثبت له هذا الحق على النحو التالي :

تحرير محل النزاع : لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة للشريك في نفس العقار المبيع الذي لم يتقاسمه الشركاء وهذا محل اتفاق بين الفقهاء المثبتين لحق الشفعة ولكنهم اختلفوا في ثبوت الشفعة فيما عدا ذلك علـــى ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب الحنفية إلى أن الشفعة ثبت لثلاثة أشخاص :

١ ــ الشريك في نفس العقار المبيع

٢ ــ الشريك في حق من حقوق المبيع (حق الشرب ــ حق المجرى ــ حق المسيل) ٣ ــ الجار . *

قال الكاساني :" .. فسبب وجود الشفعة أحد الأشياء الثلاثة الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار " (١)

الرأي الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الشفعة تثبت فقط للشريك في نفس المبيع الذي لم يقاسم ومن ثم فلا تثبت للشريك في حق من حقوق المبيع ولا للجار

جاء في المهذب : ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع فأما الجار والقاسم فلا شفعة لهما (٢)

---

* ذهب الحنابلة في رواية ضعيفة إلى ثبوت الشفعة للجار جاء في الإنصاف :" وقيل تثبت الشفعة للجار وحكاه القاضي يعقوب في التبصرة وابن الزاغوني عن قوم الأصحاب رواية قال الزركشي وصححه ابن الصيرفي واختاره الحارثي فيما أظن وأخذ الرواية من نصه في رواية أبي طالب ومثنى لا يحلف أن الشفعة تستحق بالجوار قال الحارثي والعجب ممن يثبت بهذا رواية عن الإمام أحمد رحمه الله قال في الفائق وهو مأخذ ضعيف " الإنصاف للمرداوي ج: ٦ ص: ٢٥٥

(١) البدائع ٥ /٤ وقال ابن نجيم :" .. قال رحمه الله وتجب للخليط في نفس المبيع ثم في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصا ثم للجار الملاصق يعني يثبت بعد الأول للشريك في حق المبيع كالشرب والطريق " البحر الرائق ٨ /١٤٣

ويراجع أيضا : الدر المختار٦ /٢٢١ ، تحفة الفقهاء ٤٩/٣ ، المبسوط ١٤ /١٧٩ ، الهداية شرح بداية المبتدي ٤ / ٣٩ .

(٢) المهذب ١ / ٣٧٧ ، الوسيط ٤ /٧٢ ، حاشية البجيرمي ٣ /١٣٣ ، الإقناع ٣٣٦/٢ ، روضة الطالبين ٥ /٧٢ ، حاشية الدسوقي ٤ /١٥٣ ، شرح الزرقاني ٣ /٤٧٦ ، الفواكه الدواني ١٥١/٢ ، التمهيد لابن عبد البر ٧ /٤٦ ، الإنصاف للمرداوي ج: ٦ ص: ٢٥٥ ، منار السبيل ج: ١ ص: ٤١٢ / دليل الطالب ١ /١٥٤ .

الرأي الثالث : ذهب ابن القيم والإمام أحمد في رواية إلى أن تثبت للجار المشارك في حق من حقوق المبيع وإلا فلا .

قال ابن ضويان :" .. قال ابن القيم في الإعلام والصواب أنه إن كان بين الجارين حق مشترك من طريق أو ماء ثبتت الشفعة وإلا فلا نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وهو قول عمر بن عبد العزيز واختاره الشيخ تقي الدين " (١)

[الأدلـــــــــــــــــــــــــة]

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل الحنفية القائلون بثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والشريك في حق من حقوق المبيع والجار بما يلي :

أولا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ ما رواه البخاري عن أبي رافع أن النبي ε قــال :" الجــار أحــق بصقبه " وفي رواية " بسقبه " (٢) والصقب أو السقب هــو القــرب أي بقربه فيدل هذا الحديث بمنطوقه صراحة على أن الشفعة تثبــت للجــار وهو أحق بها من غيره لكن ثبوتها له يكون بعد الشريك في نفس المبيــع ثم الشريك في حق من حقوقه .

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش الاستدلال بهذا الحديث بما يلي :

١ ــ هذا الحديث ضعيف ومن ثم فلا ينهض حجة في إثبات الدعوى فلا يعتد به ولا يعول عليه في العمل . (٣)

---

(١) منار السبيل ج: ١ ص: ٤١٢ ، الإنصاف٦ /٢٥٥ (٢) رواه البخاري

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ١٥٣ .

٢ ــ على فرض صحة هذا الحديث فإنه لم يدل صراحة على ثبوت حق الشفعة للجار لأن كلمة الحق الواردة في الحديث وردت مبهمة ولم يصرح الحديث بأنها حق الشفعة .

٣ ــ يمكن أن يحمل هذا الحديث أيضا على أن الجار أحق بالفناء الذي بينه وبين جاره

قال ابن ضويان ــ بعد أن ذكر هذا الحديث ــ :" أجيب عنه بأنه أبهم الحق ولم يصرح به أو أنه محمول على أنه أحق بالفناء الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار أو يكون مرتفقا به " (١)

٤ ــ إن المراد بالجار في هذا الحديث هو الشريك فهو جار أيضا .

جاء في منار السبيل :" .. أو أنه أريد بالجار في الأحاديث الشريك فإنه جار أيضا والشريك أقرب من اللصيق كما أطلق على الزوجة لقربها "(٢) ومنه قول الشاعر :

أجارتنا بيني فإنك طالقه ::: كذاك أمور الناس غاد وطارقه

وجاء في كشاف القناع :" أجيب عن الأول بوجهين : أحدهما إنه أبهم الحق ولم يصرح به فلم يجز أن يحمل على العموم والثاني إنه محمول على أنه أحق بالفناء الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار أو يكون مرتفقا به .. ثم يحتمل أن المراد بالجار في الأحاديث الشريك فإنه جار أيضا لأن اسم الجوار يختص بالقريب والشريك أقرب من اللصيق فكان أحق باسم الجوار " (٣)

---

(١)، (٢) منار السبيل ج: ١ ص: ٤١٢

(٣) كشاف القناع ج: ٤ ص: ١٣٨

٢ ــ ما رواه الحسن عن سمرة مرفوعا عن النبي ع جار الــدار أحــق بالدار " (١) فقد دل هذا الحديث أن الجار أحق بثبوت الشفعة من غيــره ممن لا يستحقها .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث من وجهين :

الوجه الأول : لا نسلم صحة الاستدلال بهذا الحديث لأن الحسن لم يلــق سمرة ولم يرو عنه إلا حديث العقيقة فكيف يروي عنه هذا الحديث ومن ثم فهذا الحديث لا ينهض حجة في الدلالة على المطلوب .

الوجه الثاني . على فرض صحة هذا الحديث وصحة لقاء سمرة للحسن فإنه يناقش بما نوقش به الحديث السابق من ورود لفظ الحق مبهما أو أن المراد به الفناء الذي بينه وبين جاره ، على أن لفظ الجار الــوارد فــي الحديث يطلق أيضا على الشريك .

جاء في منار السبيل :" أجيب عنه باختلاف أهل الحديث في لقاء الحسن لسمرة ولو سلم لكان عنه الجوابان المذكوران أو أنه أريد بالجــار فــي الأحاديث الشريك فإنه جار أيضا والشريك أقرب من اللصيق كما أطلــق على الزوجة لقربها ــ ثم قال ــ .. أبهم الحق ولم يصرح بــه أو أنــه محمول على أنه أحق بالفناء الذي بينه وبين الجار ممن لــيس بجــار أو يكون مرتفقا به " (٢)

---

(١) صححه الترمذي رواه الترمذي وقال حسن صحيح

(٢) منار السبيل ج: ١ ص: ٤١٢ ، كشاف القناع ج: ٤ ص: ١٣٨

٣ ــ بما روي أن النبي ع قال :" الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بهــا إذا كان غائبا وإذا كان طريقهما واحدا " (١) فقد أثبت هذا الحديث صراحة الشفعة للجار كما أنه أثبت الشفعة الجار الشريك في حــق مــن حقــوق المبيع وهو نص في محل النزاع فيجب المصير إليه

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين :

الوجه الأول : هذا الحديث غير صحيح فقد قال عنه الإمام أحمد منكــر وقال ابن معين لم يروه غير عبد الملك وأنكره عليه .

جاء في كشاف القناع :" .. بأن شعبة قال سمي فيه عبد الملك بن سليمان الذي الحديث من روايته وقال الإمام أحمد هذا الحديث منكر وقال ابــن معين لم يروه غير عبد الملك وقد أنكر عليه " (٢)

الوجه الثاني : على فرض صحته فإن المراد به الشريك فإنــه شــريك أيضا والشريك أقرب من اللصيق فكان أحق باسم الجوار .(٣)

٤ ــ قوله ع الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار " (٤) فإن هذا الحديث يدل على ثبوت الشفعة للخليط والخليط هو الشريك في حقوق العقار كما يدل على ثبوتها للجار .

ثانيا ــ من المعقول : إن سبب ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع هو اتصال الملك اتصالا يدوم فتثبت له الشفعة عند انتقال العقار بمعاوضة

---

(١) رواه الترمذي وحسنه

(٢) كشاف القناع ج: ٤ ص: ١٣٨

(٣) كشاف القناع ج: ٤ ص: ١٣٨ (٤) سبق تخريجه

إلى الغير ليدفع الضرر عن نفسه وهذا المعنى موجود بالنسبة للشـــريك في حق من حقوق المبيع وللجار الملاصق فيلحقان بالشـــريك فـــي ذات المبيع بطريق دلالة النص .

قال ابن نجيم في البحر :" قال رحمه الله وتجب للخليط في نفس المبيع ثم في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصا ثم للجار الملاصـــق يعني يثبت بعد الأول للشريك في حق المبيع كالشرب والطريق ...... وإنما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه وكل ما كان أكثر اتصالا كأن أخص ضررا وأشد فكان أحق بها لقوة الموجب لها فليس للأضعف أن يأخذه مع وجود الأقـــوى إلا إذا ترك فله أن يأخذ " (١)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل الجمهور القائلون بثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع الذي لم يقاسم دون غيره بالسنة والمعقول :

أولا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ بما رواه البخاري وأحد عن جابر رضي الله عنه أن النبي ε قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطلاق فلا شفعة " (٢)

٢ ــ ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنـــه أن النبـــي ε قـــال :" إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة " (٣)

---

(١) البحر الرائق ج: ٨ ص: ١٤٣ (٢) ، (٣) سبق تخريجه

وجه الدلالة من هذين الحديثين : دل هذان الحديثان دلالة ظاهرة على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ونفيها عن غيرها بقوله ε فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وهذا يفيد نفي الشفعة الشريك الذي قاسم شريكه حيث وضعت الطرق وصرفت الطرق وأصبح هذا الشريك جارا ومن ثم فلا تثبت الشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم لأن الشفعة شرعت على خلاف الأصل فيقتصر فيها على مورد النص فقط .

مناقشة هذا الاستدلال : إن الحديث الوارد عن جابر رضي الله عنه قيد عدم الأخذ بالشفعة بقيدين وهما : وقوع الحدود وتصريف الطرق ، والمقيد بقيدين لا يوجد مع فقد أحدهما ومن ثم فالحديث يفيد أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن بقيت مشتركة لم ينتف الأخذ بالشفعة.(١)

٣ ـ ما رواه البخاري عن جابر رضي الله عنه قال :إنما جعل رسول الله ε الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٢)

وجه الدلالة : هذا الحديث حصر الشفعة فيما لم يقسم بلفظ (إنما) فتفيد نفي الشفعة بعد القسمة وبعد وقوع الحدود وتصريف الطرق ، وكل من الشريك في حق من حقوق المبيع والجار لا شركة له في المبيع ومن ثم فلا شفعة له .

---

(٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، صـ١٧٣

(٢) سبق تخريجه .

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن (إنما) الواردة في صدر هذا الحديث تفيد الحصر الحقيقي فقد تأتي للتوكيد كما في كقوله (إنما أنت مذكر) وقد تأتي للإثبات بطريق الكمال دون نفيه عن الغير كما تقول (إنما العالم محمد) فلا يفيد هذا نفي العلم عن غيره وإنما غاية ما تدل عليه أن العالم الكامل في علمه هو محمد وهذا لا ينفي ثبوت العلم لغيره ومن ثم فكلمة إنما تفيد أن الشريك في نفس المبيع كامل في سبب الأخذ بالشفعة لذا قدم على غيره وعلى هذا يكون المراد ثبوت الشفعة له بطريق الكمال دون نفيها عن غيره .(١)

ثانيا ــ المعقول من وجهين :

الأول : إن المعنى الذي شرعت الشفعة من أجله غير متحقق في الجار لأن الجار يستطيع أن يتلاشى ضرر جاره بغلق بابه عليه واجتنابه .(٢)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن الضرر الذي شرعت الشفعة من أجله غير متحقق في الجار لأن الضرر الموجود في حق الشفيع هو نفسه الموجود في حق الجار وربما لا يأمن الجار بوائق هذا الدخيل حتى ولو أغلق بابه على نفسه لأن ذلك متعذر على الدوام

الوجه الثاني : إن الشارع الحكيم كما يقصد رفع الضرر عن الجار فإنه يقصد أيضا رفعه عن المشتري ولا يرفع الضرر عن الجار بإدخاله على

---

(١) الأبحاث النافعة ، السابق ، صــ١٧٤

(٢) د/ محمود العكازي ، السابق ، صــ١٣

المشتري فإن المشتري يحتاج إلى دار يسكنها أو أرض يزرعها فإنـــه لا تخلو دار أو أرض من جيران فلو سلط الجار على المشتري لأدى ذلـــك إلى إلحاق الضرر به والشريعة الإسلامية الغراء تكفل رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن لقوله ε :" لا ضـــرر ولا ضـــرار "(١) لا سـيما وأن الشفعة شرعت على خلاف الأصل لدفع ضرر الدخيل فيقتصــر علـــى مورد النص لا غير.(٢)

الجواب على هذه المناقشة :

إن الضرر الذي يقع على الشريك في حق من حقـــوق المبيـــع أو الجار أكبر من ضرر المشتري لأن المشتري لم يخسر شيئا إذ غاية مـــا في الأمر أنه أخذ ما دفعه ثمنا لهذا المبيع بخلاف الضرر الواقـــع علـــى الشريك أو الجار فإنه ضرر دائم ومستمر وكل منهما محتاج إلى رفـــع الضرر عن نفسه لذا مكنه الشارع من ذلك .

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل القائلون بثبوت الشفعة للشريك فـــي ذات المبيع والشريك في حق من حقوقه بما يلي :

أولا ــ من السنة : بما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ε قـــال :" الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كـــان طريقهمـــا واحدا " (٣)

---

(١) سنن البيهقي ٧ / ٧١

(٢) الأبحاث النافعة ، السابقة ، صـــ١٧٤

(٣) سبق تخريجه

وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على ثبوت الشفعة للجار الذي هو شريك في حق من حقوق المبيع وعلى هذا فإذا وجد الشرط ــ الشركة في حق من حقوق المبيع ــ وجد المشروط وهو ثبوت حق الشفعة ، وعلى هذا فتثبت الشفعة للشريك في حق من حقوق المبيع وتنتفي عن غيره كالجار الذي ليس شريكا في حق من حقوقه

مناقشة هذا الاستدلال :

نحن نسلم لكم أن هذا الحديث دل على ثبوت الشفعة للشريك في حق من حقوق المبيع ولكن لا نسلم لكم نفيها عن الجار الذي لم يكن شريكا في حق من حقوق المبيع لأن هذا ثبت لديكم بطريق المفهوم المخالف ونحن لا نسلم لكم حجية المفهوم المخالف في العمل به لأن كل الأصوليين ليس قائلا بحجيته .

وعلى فرض كونه حجة فإن شرط العمل به ألا يعارضه ما أقوى منه من منطوق ونحوه وهنا قد عارضه منطوق حديث النبي ε :" الجار أحق بصقبه " وقوله " جار الدار أحق بالدار " (١)

ثانيا ــ المعقول : إن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل وهو في الغالب يكون مع شدة الاختلاط ولا يكون ذلك إلا مع الاشتراك في ذات المبيع أو في حق من حقوقه أما الجار فإن ضرره يكون أقل منهما فلا يلحق بهما (٢)

---

(١) ، (٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، صـ١٧٧

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن ضرر الجار أقل من ضرر الشريك في نفس المبيع والشريك في حق من حقوقه بل هو عين الضرر اللاحق بهما ومن ثـــم فثبت الشفعة له رفعا للضرر الذي سيلحقه إذ ربما يأتي له جـــار شـــيء الخلق والطبع فيلحق به الضرر في نفسه ومالـــــــــــه ولـــذلك قـــالوا قديما بجيرانها تغلو الديار وترخص .

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هـــذه المســـألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم القائلون بثبوت حق الشـــفعة للشريك في ذات المبيع والشريك في حق من حقوقه والجار وذلك لأن عمـــوم الأحاديث الواردة عن النبي ε تؤدي إلى هذه النتيجة فمثلا حديث جابر: قضى رسول الله ε بالشفعة في كل شركة لم تقسم فإذا وقعت الحـــدود وصـــرفت الطرق فلا شفعة " فهذا الحديث يفيد ثبوت الشفعة للشريك في ذات المبيع الذي لم يقاسم . وقوله ε :" الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبـــا إذا كان طريقهما واحدا يفيد ثبوت الشفعة للشريك في حق من حقـــوق المبيـــع " وقوله ε :" الجار أحق بصقبه " وجار الدار أحق بالدار " يفيد ثبوت الشـــفعة للجار . لذا كان هذا الرأي هو الأولى بالقبول نظرا لقـــوة أدلتـــه وســـلامتها وخلوها عن المعارض القوي ولما في الأخذ بهذا الرأي من رفع للضرر عن كاهل المكلفين ما أمكن وعملا بقوله ε لا ضرر ولا ضرار في الإسلام . والله أعلم .

حكم تزاحم الشفعاء

الشفعاء إما أن يكونوا من طبقة واحدة وذلك بأن يكونوا شـــراكاء في نفس المبيع وإما أن يكونوا من طبقات مختلفة بأن يكـــون بعضـــهم شركاء في نفس المبيع وبعضهم شركاء في حق من حقوقه وبعضهم من الجيران وسوف أتناول حكم هاتين الحالتين على النحو التالي :

أولا ــ الحكم إذا تزاحم الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة :

إذا تعدد مستحقو الأخذ بالشفعة وكانوا من طبقة واحدة بأن كـــانوا شركاء في نفس المبيع مثلا فإن حق الشفعة يثبت لكل واحد منهم باتفـــاق الفقهاء ولكن كيف يوزع عليهم هذا الحق هل يوزع عليهم وفقـــا لعـــدد الرؤس أو يوزع وفقا لحصة كل شريك منهم .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية والظاهرية إلى أن العقار المشفوع فيه يوزع عليهم بالتساوي وفقا لعدد رؤسهم

قال ابن حزم :" ومن باع شقصا وله شركاء لأحدهم مائة سهم عشـــرون عشر العشر أو أقل أو أكثر فكلهم سواء في الأخذ بالشفعة ويقتسمون مـــا أخذوا بالسواء ولا معنى لتفاضل حصصهم وهو قول إبـــراهيم النخعـــي والشعبي والحسن البصري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وسفيان الثـــوري وأبي حنيفة وأصحابه وشريك والحسن بن حي وعثمان البتي وعبـــد الله بن الحسن وأبي سليمان وأشهر قولي الشافعي وروينا من طريق سعيد بن منصور نا هشيم عن عبيدة وأشعث قال عبيدة عن إبراهيم وأشعث عن

الشعبي قالا جميعا الشفعة على رؤوس الرجال قال هشيم وبه كان يقضي ابن أبي ليلى وابن شبرمة .(١)

الرأي الثاني : ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المشفوع فيه يوزع بين الشفعاء على قدر الحصص فلو كان العقار المبيع بين ثلاثة لواحد نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فباع صاحب النصف نصيبه فإنه يكون لصاحب الثلث سهمين ولصاحب السدس سهم واحد .

قال الدردير :" وهي أي الشفعة ....عند تعدد الشركاء على قدر الأنصباء " (٢)

وقال صاحب كشاف القناع :" وإن تعدد الشفعاء فالشقص المبيع بينهم على قدر ملكهم كمسائل الرد .. فدار بين ثلاثة لواحد نصف و لآخر ثلث و لآخر سدس باع صاحب الثلث نصيبه ف أصل المسألة من ستة مخرج الكسور الثلث بينهما أي بين صاحب النصف والسدس على أربعة لبسط النصف ثلاثة ولبسط السدس واحد فلصاحب النصف ثلاثة ولرب السدس واحد " (٣)

---

(١) المحلى ج: ٩ ص: ٩٨ / المحلى ج: ٩ ص: ٩٩

قال الكاساني :" .. أن السبب أصل الشركة لا قدرها وأصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أو قل وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضي الله عنهم في قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة أو الجوار أنها تقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة " بدائع الصنائع ٦ / ٥

(٢) الشرح الكبير ج: ٣ ص: ٤٨٦ ، التاج والإكليل ٥ / ٣٢٥ ، المهذب ١ /٣٨١ .

(٣) كشاف القناع ج: ٤ ص: ١٤٧ وما بعدها .

[الأدلـــــــــــــــــــــــــــــــــة]

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن المشفوع فيــه يــوزع بــين الشفعاء على قدر الرؤوس بما يلي :

أولا ــ من السنة : قوله قال رسول الله ع الشفعة في كل شــرك فــي أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبى فشريكه أحق به " (١)

قال ابن حزم :" .. قول رسول الله ع " فشريكه " تســوية بــين جميــع الشركاء ولو كان هنالك مفاضلة لبينها ع ولــم يجمــل الأمــر فبطلــت المفاضلة " (٢)

ثانيا ــ القياس على ما لو أوصى رجل لورثة فلان بكذا فإنهم يستحقونه على قدر رؤوسهم فكذلك الشفعة .

قال ابن حزم :" ولا يختلفون في أن من أوصى لورثة فلان فــإنهم فــي الوصية سواء ولا يقتسمونها على حصص الميــراث وإنمــا اســتحقوها بكونهم من الورثة " (٣)

ثالثا ــ المعقول :

إن سبب استحقاق الشفعة هو أصل الشركة لا قدرها وأصل الجوار لا قدره وهو متساوون في كل ذلك ومن ثم فيوزع عليهم المشفوع فيه على قدر رؤوسهم .

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ج: ١١ ص: ٤٥

(٢) ، (٣) المحلى ج: ٩ ص: ٩٨ / المحلى ج: ٩ ص: ٩٩

قال السرخسي :" وجه قولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة إما الجواز أو الشركة وقد استويا في أصل ذلك فإن صاحب القليل شريك كصاحب الكثير وجار الاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير ثم تحقيق هذا الكلام أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة " (١)

مناقشة هذا الاستدلال : اجتمع في صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل

الجواب على هذه المناقشة : لا نسلم لكم أن العبرة هي بكثرة العلل وإنما العبرة بمدى قوتها وتأثيرها ألا ترى أن أحد المدعيين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما وكذلك لو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل وهذا لأن الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة وعند ظهور العلة الترجيح المرجوح مدفوع بالراجح وهنا لا يبطل حق صاحب القليل أصلا فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح لأن ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحا وملك كل جزء بانفراده علة فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما " (٢)

---

(١) المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ٩٧/ ٩٨، بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٦

(٢) المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ٩٧/ ٩٨ ، بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٦

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن حق الشفعة يثبت للشــفعاء على قدر الحصص بما يلي :

أولا ــ إن الشفعة حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالثمرة والربح . (١)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم القياس علــى الــربح والثمــرة لأن الربح فإنه إنما يحصل بقدر المال ألا ترى أن عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله وكذلك الولد واللبن والثمار فإنها متولدة مــن العين فإنما تتولد بقدر الملك بخلاف الشفعة فليست متولدة عن الملك وإنما هي استحقاق تملك مال الغير بغير رضاه دفعا للضرر .(٢)

الجواب على هذه المناقشة : لا نسلم لكم أن الشفعة ليست متولدة عــن الملك بل متولدة عن الملك إذ لولاه لما ثبتت فهي ناشئة عنه ومــن ثــم فيوزع العقار المشفوع فيه على قدر الحصص لا الرؤوس .

ثانيا ــ القياس على ديون الغرماء فكما أنهم يستحقون ديــونهم مــن تركــة المدين على قدر حصصهم فكذلك حق الشفعة يوزع بين الشفعاء علــى قــدر الحصص .

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم هذا القياس لأنه قياس مع الفارق فيكــون باطلا : وبيان الفرق أن أصحاب الديون لو انفرد كل واحد منهم لم يستحق إلا مقدار دينه بخلاف الشفعاء فإنه لو انفرد كل واحد منهم لاستحق الجميع .

---

(١) كشاف القناع ٤ / ١٤٧ وما بعدها

(٢) المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ٩٧/ ٩٨

قال السرخسي :" .. بخلاف الغرماء في التركة فإن حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة إلا قدر دينه فإذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه " (١)

ثالثا ــ إن الشفعة شرعت لدفع ضرر القسمة وضررها يتفاوت بتفاوت الأنصباء فصاحب النصيب الكبير يخصه ما لا يخص صاحب النصيب القليل فيجب أن يوزع بينهم ما يدفع هذا الضرر على قدر حصة كل واحد منهم .

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن الشفعة شرعت لدفع ضرر القسمة وإنما هي مشروعة لدفع ضرر الدخيل وعلى فرض أن العلة هي دفع ضرر القسمة فلا نسلم أن ما ينشأ عنها يتفاوت بتفاوت الأنصباء فإن التكاليف والمؤن توزع على قدر رؤوسهم لا على حسب حصصهم لأن المشقة في تمييز النصيب القليل كالمشقة في تمييز النصيب الكبير. (٢)

الرأي الراجح : من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بأن المشفوع فيه يوزع بين الشفعاء على قدر الحصص لأنه الأقرب إلى العدالة وقياسا على استحقاق الربح والثمرة لأن الأخذ بالشفة متولد عن ملك كل منهم فيوزع على قدر الأملاك أيضا . والله أعلم .

---

(١) المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ٩٧/ ٩٨

(٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، صـ١٨٦ .

ثانيا ــ حكم تزاحم الشفعاء مع اختلاف مراتبهم .

إذا تعدد الشفعاء وكانوا من مراتب مختلفة كالشريك في ذات المبيع والشريك في حق من حقوق المبيع والجار ففي هذه الحالة يقدم الشريك في ذات المبيع على الشريك في حقوقه والشريك في حقوق المبيع على الجار .

جاء في البحر الرائق :" .. وتجب للخليط في نفس المبيع ثم في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصا ثم للجارالملاصق يعني يثبت بعد الأول للشريك في حق المبيع كالشرب والطريق ... وإنما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه وكل ما كان أكثر اتصالا كأن أخص ضررا وأشد فكان أحق بها لقوة الموجب لها فليس للأضعف أن يأخذه مع وجود الأقوى إلا إذا ترك فله أن يأخذ " (١)

وبناء على ما سبق فإذا تنازل الشريك في ذات المبيع عن الأخذ بالشفعة انتقل إلى من يليه كما ذهب إلى ذلك الحنفية في ظاهر الرواية .(٢)

ويستدل على ذلك بأن سبب استحقاق الشفعة قد تقرر في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة

---

(١) البحر الرائق ٨ /١٤٣

(٢) الهداية ٤ / ٢٥ .

وقيل لا ينتقل حق الأخذ بالشفعة في حالة تنازل صـــاحب الحـــق الأقوى إلى من يليه وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف في غير ظاهر الرواية. ويستدل على ذلك بأن الأضعف محجوب بالأقوى كالميراث فكما أن الأخ لا ميراث له مع وجود الابن حتى لو أسقط الابن حقــه فكــذا لا شــفعة للأضعف مع وجود الأقوى في حالة تنازله عن حقه .(١)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي أن الأولى بالقبول هو ما ذهب إليه الحنفية في ظاهر الرواية من أن الشفعة تنتقل من الأقوى إلى من يليه في حالة تنازله عن المطالبة بها وذلك لوجود سبب الاستحقاق وهو اتصال الملك اتصالا يدوم ومـــن ثـــم فدفعا للضرر عن هذا الشريك أو الجار نقول بثبوت الحق له في الأخـــذ بالشفعة .

أما القياس على الميراث فقياس غير مسلم لأنه قياس مع الفـــارق فيكون باطلا .

وبيان الفرق : أن تشريع الشفعة على خلاف الأصل بخلاف الميـــراث ، كما أن الملك في الميراث قهري بخلاف الشفعة فالملك فيهـــا اختيـــاري فللشفيع الأخذ والترك .

لذا كان هذا الرأي هو الأولى بالقبول في هذه المسالة . والله أعلم .

---

(١) الأبحاث النافعة ، السابق ، صـــ١٨٩

حكم ثبوت الشفعـــــــــــة لغير المسلم

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء فيما أعلم في ثبوت الشــفعة للمســلم علــى المسلم وللمسلم على الذمي وللذمي على الذمي ولكن هل تثبــت للــذمي على المسلم ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفيــة والمالكيــة والشــافعية والظاهرية إلى ثبوت الشفعة لشريك مطلقا مسلما كان أو غيــر مســلم (يهوديا أو نصرانيا) وهذا القول روي عن شريح وعمر بن عبد العزيــز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي ســليمان والثوري ومالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي .

قال الكاساني :" وأما إسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشــفعة فتجــب لأهل الذمة فما بينهم وللذمي على المسلم " (١)

الرأي الثاني : ذهب الحنابلة إلى أن الشفعة لا تثبت لغير المسلم على المسلم.

قال ابن قدامة :" ولا شفعة لكافر على مسلم وجملة ذلك أن الذمي إذا باع شريكه شقصا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي"(٢)

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٦، المبسوط ١٤ /٩٣ ، وأيضــا مواهــب الجليــل ٥ /٣١١ ، الشرح الكبير٣ /٤٧٣ ، القوانين الفقهية صـــ٢٨٦ ، الإقناع في حل ألفــاظ أبــي شــجاع ٢ /٣٣٦ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٨ ، المهذب ١ / ٣٧٧ ، المحلى ٩ /٩٤ . المغني ج: ٥ ص: ٢٢٣

(٢) المغني ج: ٥ ص: ٢٢٣

[الأدلـــــــــــــــــــــــــــــة]

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بثبوت الشفعة لغير المسلم على المسلم بما يلي :

أولا ــ من السنة : بما روي عن جابر رضي الله عنــه أن النبـــي ع :" قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيـــع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهــو أحق به " (١) فقد أفاد هذا الحديث بعمومه ثبوت الشفعة للشريك مطلقــا سواء كان مسلما أو ذميا والقاعدة أن العام يبقى على عمومه حتى يقــوم دليل على التخصيص .

ثانيا ــ من الأثر : بما روي عن شريح أنه قضى بالشفعة لــذمي علـــى مسلم فكتب إلى سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فأجــازه وكــان ذلــك بمحضر من الصحابة الكرام رضـــي الله تعـــالى عـــنهم فيكــون ذلــك إجماعا.(٢)

ثالثا ــ القياس على الرد بالعيب بجامع أن كلا منهما حق ثبــت لــدفع الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر .

جاء في المغني :" .. ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب " (٣)

---

(١) سبق تخريجه

(٢) البدائع ٥ / ١٦

(٣) المغني ج: ٥ ص: ٢٢٤

رابعا ــ المعقول من وجهين :

الوجه الأول : إن الأخذ بالشفعة بمنزلة البيع والشراء وهذا يستوي فيه المسلم والذمي .

قال الكاساني :" .. لأن هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه والكافر والمسلم في ذلك سواء لأنه من الأمور الدنيوية " (١)

الوجه الثاني : إن الأخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين .(٢)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل الحنابلة القائلون بعدم ثبوت الشفعة لغير المسلم على المسلم بما يلي :

أولا ــ من السنة : بما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" لا شفعة لنصراني "(٣) فقد دل هذا الحديث دلالة واضحة على عدم ثبوت الشفعة للنصراني على المسلم وهذا نص في محل النزاع فيجب المصير إليه .

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم الاستدلال بهذا الحديث لأنه حديث ضعيف لا تقوم به حجة ومن ثم فهو لا ينهض في الدلالة على المطلوب

---

(١) البدائع ٥ /١٦ (٢) المبسوط ١٤ / ٩٣ ، البدائع ٥ /١٦ .

(٣) رواه الطبراني في الصغير وفيه نايل بن نجيح وثقه أبو حاتم وضعفه غيره مجمع الزوائد ج: ٤ ص: ١٥٩ . وجاء في العلل المتناهية :" .. يرويه نائل بن نجيح عن الثوري عن حميد عن أنس عن النبيε وهو وهم والصواب عن حميد الطويل عن الحسن من قوله قال أبوالحسن نائل البغدادي قال البرقاني ثقة قال : لا " العلل المتناهية ج: ٢ ص: ٦٠٠

ثانيا ــ المعقول من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : إن الشفعة إنما ثبتت للمسلم دفعا لضرر عن ملكه فقــدم دفــع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم علــى المسلم تقديم دفع ضرر الذمي .(١)

الوجه الثاني : إن حق الشفعة معنى يختص العقار فلم يثبــت للكــافر علــى المسلم كالاستعلاء .(٢)

الوجه الثالث : إن الأخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لممن هو منكر لهــذه الشريعة .

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم عدم ثبوت الشفعة لغير المسلم لأن ضرر الذي شرعت الشفعة لدفعه ثابت في حق كل منهما كما أن عموم النصــوص الواردة عن النبي ε لم تفرق بين المسلم وغيره فتحمل على عمومهــا حتــى يقوم الدليل على خلاف ذلك ، كما أن القول بتخصيص المسلم بهذا الحق دون غيره قول تعوزه الدقة فيكون غير مقبول .

الرأي الراجح : يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم فــي هــذه المسألة رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بثبوت حق الشفعة لغير المسلم على المسلم وذلك لقوة أدلته وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي ، كما أن ما استند إليه المخالف من أدلة لم تسلم من الطعن والمناقشــة الأمــر الذي يجعل النفس تميل إلى ترجيح هذا الرأي والعمل بموجبه . والله أعلم .

---

(١) المغني ٥ / ٢٢٤ .

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل ج: ٢ ص: ٤٣٥

(٣) المبسوط ١٤ / ٩٣ .

حكـــم ثبـــوت الشفعـــة للغـــائب

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة للحاضر وكذلك لا خـــلاف بينهم في ثبوتها للغائب غيبة قريبة إذا طلب الأخذ بالشفعة ولكن هل تثبت للغائب غيبة بعيدة أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية والمالكية الشافعية والحنابلة إلى ثبوت حـــق الشفعة للغائب عند قدومه وإن طالت غيبته .

جاء في المغني :" مسألة قال : ومن كان غائبا وعلم بالبيع فـــي وقـــت قدومه فله الشفعة وإن طالت غيبته " وجملة ذلك أن الغائب له شفعة فـــي قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن شريح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثوري والأوزاعي والشافعي والعنبري وأصحـــاب الـــرأي" (١)

الرأي الثاني : ذهب النخعي الحارث العكلي والبتي إلى أنه ليس للغائب شفعة (٢)

[الأدلـــــــــــــــــــــة]

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بثبوت حق الشفعة للغائب بما يلي:

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٩٠ ، المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ٩١ ، الشـــرح الكبيـــر ج: ٣ ص: ٤٩٤ ، مواهب الجليل ج: ٥ ص: ٣٢٢ ، المهذب ١ / ٥٠٠ ، مغنـــي المحتـــاج ٢ / ٣٠٦ ، المحلى ج: ٩ ص: ٢١١

(٢) المغني ج: ٥ ص: ١٩٠

أولا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ حديث جابر رضي الله عنه :" قضى رسول الله ε بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (١)

٢ ــ قوله ε الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا "(٢)

٣ ــ قوله ε الجار أحق بصقبه " (٣)

وجه الدلالة : دلت هذه الأحاديث بعمومها على ثبوت الشفعة سواء للشريك في ذات المبيع أو في حق من حقوقه أو الجار دون أن تفرق بين ما إذا كان حاضرا أو غائبا بل إن بعض الأحاديث أثبت الشفعة للجار وإن كان غائبا كما هو في الحديث السابق ومن ثم فتحمل هذه الأحاديث على عمومها عملا بالقاعدة الأصولية العام يبقى على عمومه حتى يقوم دليل على التخصيص .

ثانيا ــ المعقول : إن الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالإرث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة . (٤)

قال السرخسي :" .. الشفعة تثبت للغائب لأن السبب المثبت لحقه قائم مع غيبته ولا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه فإذا حضر وعلم به كان

---

(١) ، (٢) ، (٣) سبق تخريجه

(٤) المغني ج: ٥ ص: ١٩١

على شفعته لأن الحق بعد ما يثبت لا يسقط إلا بإسقاطه والرضا بسقوطه صريحا أو دلالة وبترك الطلب عند الجهل به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه عن الطلب " (١)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بعدم ثبوت الشفعة للغائب بأن إثبات الشفعة له يضر بالمشتري ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخي . (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن ثبوت الشفعة للغائب يلحق الضرر بالمشتري لأن المشتري سيأخذ ما دفعه إلى البائع وبالتالي فالضرر الذي سيلحقه لا يقارن بضرر الشفيع .

قال ابن قدامة :" وضرر المشتري يندفع بإيجاب القيمة له " (٣)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بثبوت الشفعة للجار وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي وما استند إليه المخالف من أدلة لم تسلم من الطعن والمناقشة الأمر الذي يجعل النفس تطمئن إلى ترجيح الرأي الأول والعمل بموجبه .والله أعلم .

---

(١) المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ٩١

(٢) المغني ج: ٥ ص: ١٩١

(٣) المغني ج: ٥ ص: ١٩١

وبناء على ما سبق ترجيحه إذا ثبت أن الشفيع لم يعلم بـــالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة وإن طالت غيبته لأن هذا الخيار يثبت لإزالـــة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيــب ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحق وإلا بطلت شفعته وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلــم البيع لعذر حكم الغائب .(١)

على أنه يمكن القول إن وسائل الاتصال الحديثة يمكن من خلالها استطلاع رأي الشفيع في أقصر وقت ممكن وبهذا نصل إلى موقف محدد من الشفيع إما أن يطلب الأخذ بالشفعة بناء على ما وصـــل إليــه مـــن معلومات في هذا الصدد وإما أن يرفض الأخذ بالشفعة ومن ثـــم ينتقـــل الأخذ إلى من يليه أو يستقر ملك المشتري وبهذا تستقر المعاملات فـــي المجتمع وهذا أولى الآراء وأقربها إلى تحقيق الاستقرار في المجتمع .

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٩١

حكم ثبوت الشفعة للصغير

اختلف الفقهاء في حكم ثبوت الشفعة للصغير على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى ثبوت الشفعة للصغير كما تثبت للكبير سواء بسواء

جاء في المغني :" وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة وجملة ذلك أنه إذا بيع في شركة الصغير ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والأوزاعي والشافعي وسواء العنبري وأصحاب الرأي " (١)

الرأي الثاني : ذهب ابن أبي ليلى والنخعي والحارث العكلي إلى أن الشفعة لا تثبت للصغير (٢)

[الأدلة]

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بثبوت الشفعة للصغير بما يلي :

أولا ــ من السنة : بعموم الأحاديث السابقة الدالة على مشروعية الأخذ بالشفعة وهذه الأحاديث لم تفرق بين كون الشفيع صغيرا أو كبيرا وإنما الواجب أن يكون شريكا في نفس المبيع أو في حق من حقوقه أو جارا فإذا توافرت حالة من الحالات سالفة الذكر ثبت له الأخذ بالشفعة .

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٩٥، المبدع ج: ٥ ص: ٢١٢، فتاوى السغدي ج: ١ ص: ٥٠٣ المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ٩١ ،بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٦

(٢) المغني ج: ٥ ص: ١٩٥، المبدع ج: ٥ ص: ٢١٢

ثانيا ــ القياس على خيار الرد بالعيب : بجامع أن كلا منهما حق ثبت لدفع الضرر عن صاحبه .

قال ابن قدامة :" .. ولأنه خيار لإزالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب " (١)

ثالثا ــ المعقول : إن سبب الاستحقاق متحق في حق الصغير وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال حق ملكه بالمبيع على وجه التأبيد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضا ثم هو محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الآتي عن نفسه وإن لم يكن محتاجا إلى ذلك في الحال وبمثل هذه الحاجة جاز للمولى تزويج الصغير والصغيرة فكذلك يثبت له حق الشفعة ثم يقوم بالطلب من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو أبوه ثم وصى أبيه ثم جده أبو أبيه ثم وصى الجد ثم وصي نصبه القاضي فإن لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك لأن الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الإدراك لأن الاستيفاء يبنى على طلب ملزم ولا يكون طلبه ملزما قبل الإدراك فتركه الطلب قبل الإدراك لعدم تمكنه من ذلك لا يكون مسقطا حقه كالبائع إذا ترك الطلب لأنه لم يعلم به .(٢)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بعدم ثبوت حق الشفعة للصبي بالمعقول من وجهين :

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٩٥

(٢) المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ٩٩

الوجه الأول : إن وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة وذلك من الكبير دون الصغير ولأن الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المعير والمستأجر.(٣)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم أن الصغير لا يلحقه الأذى لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة أو القسمة وكل ذلك موجود في حق الصغير لا سيما والنصوص المثبتة لحق الشفعة مطلقة لم تفرق بين الصغير والكبير وبالتالي فتظل على عمومها لتشمل الصغير وغيره .

الوجه الثاني : إن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشتري وليس للولي الأخذ لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ . (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن الصبي لا يمكنه الأخذ وإنما يمكنه ذلك من خلال وليه أو وصيه الذي يلي أمره فإنه يمكنه النظر لمصلحة هذا الصبي فإن رأى المصلحة له في طلب الشفعة طلبها.

جاء في المغني :" .. وقولهم لا يمكن الأخذ غير صحيح فإن الولي يأخذ بها كما يرد المعيب قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيه وبالرد بالعيب فإن ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولأن في الأخذ تحصيلا للملك للصبي ونظرا له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحط ملك ما فيه تضييع ولأن العفو إسقاط لحقه والأخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولى عليه ملك إسقاطه بدليل حقوقه وديونه " (٣)

---

(١) المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص:٩٨ / ٩٩

(٢) ، (٣) المغني ج: ٥ ص: ١٩٥

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بثبوت حق الشفعة للصغير ويمكنه الأخذ من خلال وليه أو وصيه الــذي يفعــل مــا فيــه مصلحته في هذا الصدد لا سيما وأن النصوص المثبتة لحق الشفعة لــم تفرق بين الصغير والكبير ومن ثم فالقاعدة الأصولية أن العام يبقى على عمومه حتى يقوم دليل على التخصيص كما أن الشفعة شــرعت لــدفع ضرر القسمة أو الشركة وهذا ثابت في حق الصبي فيثبت له حق طلــب الشفعة على النحو سالف الذكر من خلال نظر وليه له في طلب الشــفعة له ، ولكن إذا طلب وليه الأخذ بالشفعة لمصلحة الصغير فلـــه ذلك

ولكن ما الحكم لو أن الولي رأى أن مصلحة الصغير فــي تــرك طلــب الشفعة هل يثبت له ذلك وهل يسري في حق الصبي أو لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

الرأي الأول : قال أبو عبد الله بن حامد إن تركها الولي لحظ الصــبي أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهذا ظاهر مذهب الشــافعي لأن الولي فعل ما له فعله يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي فصح كالأخذ مع الحظ وإن تركها لغير ذلك لم تسقط.(١)

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٩٥ ، البدائع ٥ /٢٣ .

الرأي الثاني : وقال أبو حنيفة تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لأن مـن ملـك الأخذ بها ملك العفو عنها كالمالك وخالفه صاحباه في هذا لأنه أسقط حقـا للمـولى عليه لاحظ له في إسقاطه فلم يصح كالإبراء وإسقاط خيار الرد بالعيب ولا يصـح **قياس الولي على المالك لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي (١)**

الرأي الراجح : الذي يبدو لي رجحانه في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الإمام أبـو حنيفة من أن حق الشفعة للصغير موكول إلى وليه ليفعل ما فيه مصلحته فـإن رأى المصلحة في الأخذ أخذ وإن رأى المصلحة في تركها ترك ولا يثبت للصغير بعـد ذلك حق طلبها مرة أخرى عند البلوغ وذلك استقرارا للمعاملات ورفعا للضرر عن مشتري هذا المبيع وحتى يستقر ملكه ورفعا لكل خلاف يمكن أن يثور فـي هـذا الصدد . والله أعلم.

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٩٥ .

قال الكاساني :" فإذا بيعت دار والصبي شفيعها كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخـذ لـه لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري والولي يملك ذلك كما يملك الشراء فإن سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبي إذا بلغ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهمـا وعنـد محمد وزفر رحمهما الله لا يصح تسليمه والصبي على شفعته إذا بلغ وجه قوله إن هذا حـق ثبت للصبي نظرا فإبطاله لا يكون نظرا في حقه ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالعفو عن قصاص وجب للصبي على إنسان والإبراء عن كفالته بنفس أو مال ولأبي حنيفة وأبـي يوسف رحمهم الله ما ذكرنا أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء وللولي ولاية الامتناع من الشراء ألا ترى أن من قال بعت هذا الشيء لفلان الصبي لا يلـزم الـولي القبول وهذا لأن الولي يتصرف في مال الصبي على وجه المصلحة والمصلحة قد تكون فـي الشراء وقد تكون في تركه والولي أعلم بذلك فيفوض إليه وعلى هذا الخلاف إذا سكت الولي أو الوصي عن الطلب أنه يبطل حق الشفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهمـا الله وعنـد محمد وزفر رحمهما الله لا يبطل " بدائع الصنائع ٥ / ١٦ .

ميراث الشفعة

اختلف الفقهاء في حكم انتقال حق الشفعة إلى الغير بطريق الميراث على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الحنفية إلى أن الشفعة لا تورث وتبطل بموت الشفيع وهو قول الحسن والثوري والشعبي وإسحاق وابن سيرين والنخعي .

جاء في البحر الرائق :" قال رحمه الله وبموت الشفيع لا المشتري يعني بموت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري (١)

الرأي الثاني : ذهب المالكية والشافعية والعنبري إلى الشفعة تنتقل إلى الورثة بموت الشفيع (٢)

الرأي الثالث : ذهب الحنابلة والظاهرية إلى أن الشفعة تورث إذا طلبها الشفيع قبل موته

جاء في الإنصاف :" وإن مات الشفيع بطلت الشفعة إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه إذا مات الشفيع فلا يخلو إما أن يكون قد مات قبل طلبها أو بعده فإن مات قبل طلبها لم يستحق الورثة الشفعة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه مرارا قال في القواعد الفقهية لا تورث مطالبة الشفعة من غير مطالبة ربها على الصحيح من المذهب "(٣)

---

(١) البحر الرائق ج: ٨ ص: ١٦٠ ، المبسوط ١٤ /١٧٢ ، الهداية شرح البداية ج: ٤ ص: ٣٨، الدر المختار ، ٢٤١/٦

(٢) بداية المجتهد ٢ /٢١٢ ، المدونة ١٤ /٤١٧ ، الوسيط ٥ /٤٢٥ .

(٣) الإنصاف للمرداوي ج: ٦ ص: ٢٩٧ ، المبدع ج: ٥ ص: ٢٢٣ ، المحلى ٩ /٩٦

(الأدلـــــــــــــــــة)

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل الحنفية القائلون بأن حق الشــفعة يبطــل بموت الشفيع بالمعقول من وجهين :

الوجه الأول : إن الشفعة مجرد رأي أو رغبة يسقط بموت الشفيع كسائر أوصافه من علم وقدرة ومن ثم فلا يتصور إرثها

قال ابن نجيم :" ولنا أنه مجرد حق وهو حق التمليك وأنـــه مجـــرد رأي وهو الصفة فلا يورث عنه " (١)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن الشفعة مجرد رأي أو رغبة من الرغبات بل هـــي حق من حقوق أثبته له الشارع الحكيم رفعا للضرر الذي سيلحقه فيورث عنه كحق الرد بالعيب .(٢)

الوجه الثاني : إن ملك الشفيع فيما يأخذ به الشفعة يشترط أن يكون باقيا من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة ولم يوجد في حق الميــت وقــت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنهـــا لا تســـتحق بالملـــك الحادث بعد البيع ولا بالزائل بعد الأخذ .(٣)

مناقشة هذا الاستدلال : إن سبب الأخذ بالشفعة هو اتصال الملك اتصالا يدوم لرفع الضرر وهذا موجود في حق الشفيع قبل موته فيورث عنه

---

(١) البحر الرائق ج: ٨ ص: ١٦٠ .

(٢)الأبحاث النافعة ، السابق ، صـــ٢٤١ .

(٣) البحر الرائق ج: ٨ ص: ١٦٠ .

رفعا للضرر اللاحق من جراء القسمة أو الشركة ومن ثم فالأخذ ههنا بناء على ملك الشفيع قبل موته وليس بناء على ملك الوراث الحادث (١)

الوجه الثالث : إن حق الشفعة لا يباع فكذلك لا يورث عن الشفيع .(٢)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن كل ما لا يباع لا يورث كحق الرد بالعيب فإنه لا يباع ومع ذلك يورث عن الميت فكذلك هذا .

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن حق الشفعة يورث عن الشفيع بما يلي :

أولا — القياس على الأموال : فكما أن الأموال تورث عن الميت فكذلك حق الشفعة لأنه في معنى المال .(٣)

ثانيا — القياس على خيار الرد بالعيب : بجامع أن كلا منهما خيار ثبت لرفع الضرر عن المال فيورث عنه : قال ابن قدامة :" .. لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب " (٤)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم القياس على الرد بالعيب لأنه قياس مع الفارق فيكون باطلا .

وبيان الفرق : إن الضرر في العيب محقق وهو فوات جزء من المبيع قد انتفع البائع بما يقابله من الثمن دون انتفاع المشتري بذلك ولما كان هذا الضرر يلحق الوارث كما يلحق المورث ثبت له ما ثبت لمورثه ليدفع هذا

---

(١) الأبحاث النافعة ، السابق ، صـ٢٤١ (٢) بداية المجتهد ٢ / ٢١٢ .

(٣) بداية المجتهد ٢ / ٢١٢ . (٤) المغني ٥ /٢١٦ .

الضرر عن نفسه ، أما الشفعة فإن الضرر فيها غير محقق ومن ثم فلا ينتقل الإرث فيها للمورث .(١)

الجواب على هذه المناقشة : لا نسلم لكم أن الضرر في الشفعة غير محقق ومن ثم فلا ينتقل إلى المورث . بل هو محقق ليرفع الشفيع الضرر عن نفسه وحيث ثبت أنه محقق في حق الشفيع فكذلك في حق وارثه ليدفع الضرر عن نفسه أيضا .

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل القائلون بأن حق الشفعة يبطل بموت الشفيع إذا لم يطلبها قبل موته بما يلي :

أولا ــ إن حق الشفعة إذا طلبها الشفيع قبل موته لأن قد تقرر بالطلب ولذلك لا تسقط بتأخير الأخذ بعده (٢)

ثانيا ــ إن الشقص ــ المشفوع فيه ــ بمجرد مطالبة الشفيع الأخذ بالشفعة صار ملكا له بالمطالبة ومن ثم فيورث عنه .

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن المبيع يدخل في ملك الشفيع بمجرد الطلب ولو كان الأمر كذلك لما صح العفو عنها بعد طلب الأخذ بها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها .

جاء في المبدع :" .. وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما صح العفو عنها بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها بالعيب " (٣)

---

(١) الأبحاث النافعة ، السابق ، صـ ٢٤٢

(٢) المبدع ج: ٥ ص: ٢٢٣

(٣) المبدع ج: ٥ ص: ٢٢٣

ثالثا القياس من وجهين :

الوجه الأول : القياس على الرجوع في الهبة بجامع أن كلا منهما حق فسخ ثبت لا فوات جزء من لم ينتقل إلى الورثة .

الوجه الثاني : القياس على خيار القبول بجامع أن كلا منهما خيار جعل للتمليك فلم ينتقل إلى الورثة

قال ابن قدامة :" .. ولنا إنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول " (١)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب المالكية والشافعية ومن وافقهم إلى أن حق الشفعة ينتقل بموت الشفيع إلى الورثة قياسا على حق الرد بالعيب في المبيع ولأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك أو الجار وهو موجود في حق لورثة لذا وجب أن ينتقل هذا الحق إليهم ، وما ما ذهب إليه المخالف من أدلة فلم تسلم من الطعن والمناقشة الأمر الذي يجعل النفس تميل إلى ترجيح الرأي القائل بإرث الشفعة والعمل بموجبه .

والله أعلم .

المغني ٥ /٢١٦

المطـــــــــلب الثانـــــــــي

المشفـــــــــوع فيـــــــه

لا خلاف بين الفقهاء في فيما أعلم في ثبوت الشفعة فـــي العقـــار الذي يقبل القسمة بلا فساد كما أنه لا خلاف بينهم أيضا في ثبوت الشفعة في البناء والشجر إذا كانا تابعين للعقار المبيع وبيعا معه .

ولكن وقع الخلاف بينهم في ثبوت الشفعة في الأمور التالية :

أولا ــ حكم ثبوت الشفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة

ثانيا ــ حكم ثبوت الشفعة في المنقول

ثالثا ــ حكم ثبوت الشفعة في البناء والشجر إذا لم يكونا تابعين لـــلأرض المقامين عليها وبيعا مفردين دونها .

رابعا ــ حكم ثبوت الشفعة في العلو والسفل

خامسا ــ حكم الشفعة في الزروع والثمار

سادسا ــ حكم ثبوت الشفعة في المشفوع فيه المنتقل بغير عوض

سابعا ــ حكم ثبوت الشفعة في بيع الخيار

وسوف أتناول كل واحد من هذه الأمور في فرع مســتقل علـــى النحـــو التالي :

الفـــــــرع الأول

حكم ثبوت الشفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة في العقار الذي يقبل القسمة ولكنهم اختلفوا في حكم ثبوت الشفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية فـــي الأصـــح والحنابلة في أصح الروايتين إلى عدم ثبوت الشفعة في العقار الـــذي لا يقبل القسمة .

قال ابن قدامة :" الشرط الثالث أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة .. والطريق الضيقة والعراص الضيقة فعن أحمد فيها روايتان : إحداهما لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعي " (١)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية والشافعية في مقابل الأصح والرواية الثانية

---

(١) المغني ٥ / ١٨١ ، كشاف القناع ٤ / ١٣٩ ، قال النووي :" فلو كان بينهما طاحونة أو حمام أو بئر أو نهر فباع أحدهما نصيبه نظر إن كان المبيع كبيرا بحيث يمكن جعل الطاحونة ثنتين لكل واحدة حجران والحمام حمامين أو كل بيت منه بيتين والبئر وارعة يمكن أن يبنى فيهـــا فيجعل بئرين لكل واحدة بياض يقف فيه المستقي ويلقى فيه ما يخرج منها ثبتت الشفعة فيهـــا وإن لم يمكن ذلك وهو الغالب من هذه الأنواع فلا شفعة على الأصح " روضة الطالبين ج: ٥ ص: ٧١، يراجع أيضا حواشي الشرواني ٦ /٥٧ ، كفاية الطالب ٢ /٣٥٢ .

للحنابلة والظاهرية إلى ثبوت الشفعة في ما لا يقبل القسمة وهو قول ابن تيمية وهو قول الثوري وابن سريج .(١)

سبب الخلاف في هذه المسألة :

يبدو لي ــ والله أعلم ــ أن سبب الخلاف في هذه المسالة يرجع إلى خلاف الفقهاء في الضرر الذي شرعت الشفعة من أجله ، فمن قال هو ضرر القسمة قال تثبت الشفعة فيما يقبل القسمة دون ما لا يقبلها ، من قال هو ضرر الشركة قال تثبت الشفعة في كل ما يقسم وما لا يقسم.

[الأدلــــــــــــــــــــــــــــــة]

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بعدم ثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة بما يلي :

أولا ــ من السنة بالآتي :

١ ــ لما روي عن النبي ع أنه قال : لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة " (٢) والمنقبة الطريق بين القوم لا يمكن قسمته وإنما وجبت الشفعة لأجل الضرر الذي يلحق الشريك بإحداث المرافق وهذا معدوم فيما لا يقسم .(٣)

٢ ــ بما روي عن محمد بن عمارة عن محمد بن أبي بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا شفعة في ماء ولا طريق ولا فحل يعني النخل "(٤) فدل هذا الحديث على عدم ثبوت الشفعة فيما لا يقسم كالبئر

---

(١) المبسوط ١٤ / ٩٣ ، جلال الدين المحلى على المنهاج ٣ / ٤٣ ، المغني ٥ / ١٨١ ، المحلى ٩ /٨٢ ، مجموع الفتاوى الكبرى ٣٠ /٣٨٣ .

(٢) التحقيق في أحاديث الخلاف ج: ٢ ص: ٢١٧ (٣) التحقيق في أحاديث الخلاف ج: ٢ ص: ٢١٧

(٤) مصنف عبد الرزاق ج: ٨ ص: ٨٧

والطريق ونحو ذلك مما لا يقبل القسمة .

٣ ــ ما رواه البخاري عن جابر رضي الله عنه قال : إنما جعل النبي ع الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (١)

وجه الدلالة : إن قوله :" في كل ما لم يقسم " المراد به ما هو قابل للقسمة لقرينة " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " ومن ثم فالحديث قصر الأخذ بالشفعة على كل ما يقبل القسمة وكل ما لم يقبلها فلا شفعة فيه .

مناقشة هذا الاستدلال : هذا الاستدلال مبني على أن الشفعة شرعت لضرر القسمة لا غير وهذا غير مسلم لأن الشفعة شرعت لرفع الضرر مطلقا سواء ضرر القسمة أو الشركة أو الجوار وهذا الضرر موجود فيما يقبل القسمة وفيما لا يقبلها .

ثانيا ــ من الأثر :

١ ــ وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال :" لا شفعة في بئر ولا فحل " .(٢)

٢ ــ بما روي أن عمر بن الخطاب خطب الناس فقال:" لا شفعة في بئر ولا نخل " (٣)

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) مصنف عبد الرزاق ج: ٨ ص: ٨٧

(٣) التحقيق في أحاديث الخلاف ج: ٢ ص: ٢١٧

وجه الدلالة : دل هذان الأثران دلالة ظاهرة على عدم ثبوت الشفعة في كل ما لم يقسم مثل البئر والنخل نحو ذلك .مما هو غير قابل للقسمة

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم هذا الاستدلال لأنه لا يعدو أن يكون قول صحابي وقول الصحابي ليس حجة على ما تقرر في علم الأصـــول ومن ثم فلا ينهض هذا الاستدلال حجة في إثبات الدعوى .

ثالثا ــ المعقول من وجهين :

الأول ــ إن إثبات الشفعة في فيما لا يقبل القسمة يضر بالبائع لأنـــه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقـــد يمتنـــع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشـــفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها

الثاني ــ إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاســـمة لمـــا يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصـــة ولا يوجـــد هـــذا فيمـــا لا ينقسم.(١)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بثبوت الشفعة فيما ينقسم وما لا ينقسم بما يلي :

أولا ــ من السنة : بما روي أن النبي ع قال :" الشفعة في كـــل شـــرك أرض أو ربع أو حائط "

وجه الدلالة : دل هذا الحديث بعمومه على ثبوت الشفعة في كل شركة

---

(١) المغني ٥ / ١٨١

لأن لفظ (كل) من ألفاظ الشمول والإحاطة وبالتالي فكل عقار مشترك بين اثنين فأكثر تثبت فيه الشفعة سواء قبل القسمة أو لم يقبلها عملا بهذا العموم السابق .

ثانيا ــ المعقول : إن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر من غيره مما يقبل القسمة لأنه يتأبد ضرره .(١)

مناقشة هذا الاستدلال : قال ابن قدامة : في رد هذا الاستدلال :" وقولهم إن الضرر ها هنا أكثر لتأبده قلنا : إلا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ها هنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الإلحاق " (٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم القائلون بثبوت الشفعة مطلقا سواء فيما ينقسم أو فيما لا ينقسم رفعا للضرر سواء كان ضرر الشركة أو الجوار أو غير ذلك لأن عموم النصوص تقتضي ذلك .

والله أعلم .

---

(١) المغني ٥ / ١٨١ .

(٢) المغني ٥ / ١٨١ .

الفـــــرع الثانـــي

حكم ثبوت الشفعة في المنقول

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة في العقار القابل للقسمة ولكن هل تثبت الشفعة في المنقول أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفيـــة والمالكيـــة والشـــافعية والحنابلة ومن وافقهم إلى أن الشفعة لا تثبت في المنقول .(١)

جاء في المغني :" وأما ما بيع مفردا من الأرض فلا شفعة فيـــه ســـواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفرد وبهذا قال الشافعي وأصحاب الـــرأي وروي عن الحسن والثوري والأوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة وإسحاق لا شفعة في المنقولات " (٢)

الرأي الثاني : ذهب الظاهرية والزيدية في ظاهر كلامهم ورواية عـــن الإمام مالك وهو قول عطاء إلى ثبوت الشفعة في المنقولات وعن أحمد تثبت فـــــــــــــــــي الحيـــــــــــــــــوانات دون

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٩ ، المجلة ١٩٧/١ ، البحر الرائق ٧ /١٩٨ ، رد المحتار علـــى الدر المختار ٥ /٥٤٦ ، المبسوط ١٤ /٩٣ ، لسان الحكام ١ / ٣٠٨ ، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني ١ /٥٥٠ ، حاسية العدوي ٢ /٣٢٥ كفاية الطالب ج: ٢ ص: ٣٢٥، التنبيه ١ /١١٦ ، الوســيط ٤ /٦٩ ، حواشي الشرواني ٦ /٥٤ ، روضة الطالبين ٥ /٥٩ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٦ ، المغني ٥ / ١٨٠ .

(٢) المغني ٥ /١٨٠ .

غيرها من المنقولات .(١)

قال ابن قدامة :" .. واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما في معنى ذلك " (٢)

[الأدلـــة]

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بعدم ثبوت الشفعة في المنقول بما يلي :

أولا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ بما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شفعة إلا في ربعة أو حائط " والربعة المنزل والحائط البستان وقد دل الحديث على ثبوت الشفعة فيهما بأسلوب القصر الذي وسيلته النفي والاستثناء ومن ثم فهذا يدل على عدم ثبوت الشفعة فيما عدا ذلك أو فيما هو في معناهما كالمنقول ونحوه .

---

(١) المغني ٥ / ١٨٠ ، فتح الباري ج: ٤ ص: ٤٣٦، السيل الجرار ج: ٣ ص: ١٧٢ ، المحلى ج: ٩ ص: ٨٣

(٢) المغني ٥ / ١٨٠ .

* جاء في تحفة الأحوذي :" وقال بعض أهل العلم الشفعة في كل شيء وبه قال مالك في رواية وهو قول عطاء وعن أحمد تثبت في الحيوانات دون غيرها من المنقولات" تحفة الاحوذي ٤ /٥١٣ .

٢ ــ قول النبي صلى الله عليه وسلم :" الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعــت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " وهذا الحديث ظاهر الدلالة في ثبوت الشفعة في العقار دون غيره لقرينة فإذا وقعت الحدود وصرفت الطــرق فلا شفعة ومن ثم فلا تثبت فيما عدا ذلك

قال ابن قدامة تعليقا على هذا الحديث :" .. لا يتناول إلا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض بدليل قوله فإذا وقعت الحــدود وصــرفت الطرق " (١)

مناقشة الاستدلال بهذين الحديثين : لا نسلم لكم أن دلالة هذين الحديثين على ثبوت الشفعة في العقار نفيها عما عداه وإنما غاية ما في الأمــر أن المنقول مسكوت عنه فإذا دل عليه دليل آخر عمل به .(٢)

ثانيا ــ المعقول : إن الشفعة شرعت لدفع الضرر الذي من شأنه الــدوام وهذا لا يكون إلا في العقار وما كان في معناه أما ما عــدا ذلــك مــن المنقولات فلا يدوم ضررها لذا لا تثبت فيها الشفعة .

جاء في المغني :" .. ولأن هذا مما لا يتباقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام "

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن الشفعة شرعت لدفع الضرر الذي من شأنه الدوام والاستمرار ومن ثم فهذا تقييد بغير مقيد وتخصيص بغير

---

(١)المغني ٥ / ١٨٠ .

(٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، صــ٢١٢

(٣) المغني ٥ /١٨٠ .

مخصص فيكون غير مقبول وذلك لأن الشفعة شرعت لرفع الضرر مطلقا سواء كان من شأنه الدوام أو لا .

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بثبوت الشفعة في المنقول بما يلي :

أولا ـ من السنة بالآتي :

١ ـ بما روي عن جابر بلفظ :" قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤد له فهو أحق به " دل هذا الحديث بعمومه على ثبوت الشفعة في كل شيء سواء كان منقولا أو لا .

قال ابن حجر :هذا الحديث يدل على ثبوت الشفعة في المشاع وصدره يشعر بثبوتها في المنقولات . (١)

٢ ـ ما رواه البيهقي من حديث بن عباس مرفوعا عن النبي ع أنه قال :" الشريك شفيع والشفعة في كل شيء ." (٢) فهذا الحديث يفيد بعمومه أن الشفعة تثبت في كل شيء لأن كلمة (شيء) الواردة في الحديث نكرة فتعم كل شيء عقارا كان أو منقولا .

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

---

(١) فتح الباري ج: ٤ ص: ٤٣٦

(٢) قال ابن حجر :" ورجاله ثقات إلا أنه أعل بالإرسال وأخرج الطحاوي له شاهدا من حديث جابر بإسناد لا بأس برواته " فتح الباري ج: ٤ ص: ٤٣٦

الوجه الأول : إنه حديث ضعيف لا تقوم به حجه فقد أعله علماء الحديث بالإرسال .

قال ابن قدامة :" .. وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يـــرد فـــي الكتـــب الموثوق بها " (١)

الجواب على هذه المناقشة : لا نسلم لكم عدم صحة الحـــديث الســـابق وبالتالي عدم حجيته في الدلالة على المطلوب وذلـــك لأنـــه وإن أعـــل بالإرسال فقد أخرج له الطحاوي شاهدا من حديث جابر بإسناد لا بـــأس برواته . (٢)

قال الشوكاني :" وأخرج الطحاوي له شاهدا من حديث جابر بإســـناد لا بأس برواته كما قال الحافظ " (٣)

الوجه الثاني : على فرض صحة هذا الحديث فإن المراد بكـــل شـــيء الواردة في الحديث العقار والأرض :

قال الطحاوي : فإن قال قائل فإنه لا تقول بهذا الحـــديث لأنـــه يوجـــب الشفعة في كل شيء من حيوان وغيره .. قيل له: ليس هـــذا علـــى مـــا ذكرت إنما معنى الشفعة في كل شيء أي في الدور والعقار والأرضـــين والدليل على ذلك ما قد روى عن بن عباس رضي الله عنهما حدثنا أحمد بن داود قال ثنا يعقوب قال ثنا معـــــن بن عيسى عـــــن محمـــــد بن

---

(١) المغني ٥ / ١٨٠ ، فتح الباري ج: ٤ ص: ٤٣٦

(٢) تحفة الأحوذي ج: ٤ ص: ٥١٣

(٣) نيل الأوطار ج: ٦ ص: ٨٤

عبد الرحمن عن عطاء عن بن عباس رضي الله عنهما قال : لا شــفعة في الحيوان " (١)

٣ ـــ عن ابن جريج عن عطاء عن جابر قال :" قضى رسول الله صـــلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء " فقد تناول هذا الأثر بعمومـــه الشفعة في كل شيء عقارا أو منقولا .

٤ ـــ عن ابن أبي مليكة قال: قضى رسول الله صـــلى الله عليـــه وســـلم بالشفعة في كل شيء الأرض والدار والجارية والخادم " فقال عطاء إنما الشفعة في الأرض والدار فقال له ابن أبي مليكة تســـمعني لا أم لك أقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تقول مثل هذا وإلـــى هذا رجع عطاء .(٢)

قال ابن حزم : ـــ تعليقا على الاستدلال بالأحاديث سالفة الـــذكر ـــ " .. قال أبو محمد فهذه آثار متواترة متظاهرة بكل ما قلنا جابر وابن عبـــاس عن النبي صلى الله عليه وسلم بأن الشفعة في كل مال وفي كـــل شـــيء وفي كل ما لم يقسم ورواها كذا عن جابر أبو الزبير سماعا منه وعطاء وأبو سلمة ورواه عن ابن عباس ابن أبي مليكة فارتفع الإشكال جملة ولله تعالى الحمد " (٢)

ثانيا ـــ من الأثر :

---

(١) شرح معاني الآثار ج: ٤ ص: ١٢٦

(٢) ، (٣) المحلى ج: ٩ ص: ٨٥

١ ـــ بما روي عن عبيد الله بن عبد الله بن عمر بن الخطاب أن عمر بن الخطاب قال : "إذا وقعت الحدود وعرف الناس حقوقهم فلا شفعة بينهم " (١)

٢ ـــ ومن طريق سعيد بن منصور عن أبان بن عثمان بن عفان أن أباه عثمان قال :" لا مكايلة ، إذا وقعت الحدود فلا شفعة " (٢)

وجه الدلالة : دل هذان الأثران الواردان عن عمر وعثمان رضـــي الله عنهما على ثبوت الشفعة في كل شيء عقار أو منقول .

جاء في المحلى :" فهذان عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضـــي الله عنهما يحملان قطع الشفعة بعد وجوبها بوقوع الحدود ومعرفـــة النـــاس حقوقهم ولم يخصا أرضا دون سائر الأموال بل أجملا ذلك والحدود تقع في كل جسم مبيع وكذلك معرفة كل أحد حقه " (٣)

٣ ـــ عن عبد الله البجلي قال سألت عطاء عن الشفعة في الثوب فقال له شفعة وسألته عن الحيوان فقال له شفعة وسألته عن العبد فقـــال لـــه شفعة . فهذان عطاء وابن أبي مليكة بأصح إسناد عنهما .(٤)

ثالثا ـــ من المعقول :

إن الشفعة شرعت لدفع الضرر مطلقا سواء كان ضرر القسمة أو الشركة أو الجوار.

قال ابن رشد : " ولأن معنى ضرر الشركة والجوار موجود فـــي كـــل شيء وإن كان العقار أظهر " (٥)

---

(١) ، (٢) ، (٣) ، (٤) المحلى ج: ٩ ص: ٨٥

(٥) بداية المجتهد ج: ٢ ص: ١٩٤

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه الظاهرية ومن وافقهم القائلون بثبوت الشفعة في كل شيء سواء كان عقارا أو منقولا وذلك لتناول ما استندوا إلى المسألة محل الخلاف حيث ورد عن النبي ε الشفعة في كل شيء وحمل هذا على أن المراد به العقار فقط تخصيص بغير مخصص فيكون غير مقبول ، كما ورود بعض الأحاديث عن رسول الله ε تفيد أن الشفعة في العقار وما أجري مجراه فلا ينفي ذلك ثبوتها في غيره لدلالة الأحاديث الأخرى عليها لا سيما وأن الشفعة شرعت لرفع الضرر والضرر في محل النزاع موجود فيكون داخلا في نطاق الشفعة.

قال ابن حزم :" قال أبو محمد فلا تخلو الشفعة من أن تكون من طريق النص كما نقول نحن أو من طريق النظر كما يقول المخالفون فإن كانت من طريق النص فهذه النصوص التي أوردنا لا يحل الخروج عنها وإن كانت من طريق النظر كما يزعمون أنها إنما جعلت لدفع ضرر عن الشريك فالعلة بذلك موجودة في غير العقار كما هي موجودة في العقار بل أكثر وفيما لا ينقسم كوجودها فيما ينقسم بل هي فيما لا ينقسم أشد ضررا " (١)

---

(١) المحلى ج: ٩ ص: ٨٤ /٨٥ .

الفرع الثالث

حكم ثبوت الشفعة في البناء والشجر إذا لم يكونا تابعين للأرض المقامين عليها وبيعا مفردين دونها .

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة في البناء والشجر إذا كانا تابعين للأرض . قال ابن قدامة :" .. الشرط الثاني : أن يكون المبيع أرضا ، لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها أما غيرها فينقسم قسمين : أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعا للأرض وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعا للأرض بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافا " (١) وإنما وقع الخلاف بينهم فيما لو لم يكونا تابعين للأرض وبيعا منفردين هل تثبت فيهما الشفعة أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الشفعة لا تثبت في البناء والشجر إذا بيعا منفردين عن العقار المشفوع فيه (٢)

جاء في المغني :" وأما ما بيع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه .. كالبناء والغراس إذا بيع مفردا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي " (٣)

وقال جلال الدين المحلى :" ولا شفعة في بناء أو غراس أفرد بالبيع لانتفاء التبعية " (٤)

---

(١) المغني ٥ /١٨٠ ، المبدع ٥ /٢٠٨ .

(٢) المبسوط ١٤ / ١٣٠ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ٤٣/٣ ، المغني ٥ / ١٨٠ .

(٣) المغني ٥ / ١٨٠ .(٤) جلال الدين المحلي على المنهاج ٣ /٤٣ .

الرأي الثاني : ذهب المالكية والحنابلة في رواية والظاهرية إلى ثبوت الشفعة في الأرض والشجر إذا بيعا منفردين عن الأرض التابعين لها.(١)

قال ابن قدامة :" .. وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والغراس وإن بيع مفردا وهو قول مالك " (٢)

[الأدلـــــــــــــــــــة]

[أ] أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن الشفعة لا تثبت في البناء والشجر إذا بيعا منفردين عن الأرض المقامين عليها بما يلي :

أولا ـــ من السنة : بحديث جابر رضي الله عنه قال :قضى رسول الله ε بالشفعة في كل شركة لم تقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٣) ومن ثم فالشفعة لا تثبت إلا فيما ورد فيه النص وهو ما كان عقارا أو تابعا له كالبناء والشجر إذا بيعا معه وما عدا ذلك فلا ومنه محل النزاع .

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن الشفعة تثبت في العقار وما جرى مجراه فقط بل هي تثبت في كل شيء وفي كل شركة سواء كانت الشركة في عقار أو في منقول .

ثانيا ـــ من المعقول : إن البناء والغراس إذا بيعا منفصلين لا تثبت فيهما

---

(١) مواهب الجليل ٥ / ٣١٨ /٣١٩ ، المغني ٥ /١٨٠ وما بعدها ، المحلى ٩ /٨٣ وما بعدها .

(٢) المغني ٥ /١٨٠ وما بعدها .

(٣) سبق تخريجه

الشفعة وذلك لأنهما مما لا يدوم بقاؤهما ومن ثم فالضرر فيهما ليس كالضرر فيما يدوم كالعقار ونحوه .

قال ابن قدامة :" .. ولأن هذا مما لا يتباقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة " (١)

[ب] أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بثبوت الشفعة في البناء والشجر إذا بيعا منفردين عن الأرض بما يلي :

أولا ــ من السنة بالآتي :

١ ــ بما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ε قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به " (٢)

وجه الدلالة : أفاد هذا الحديث بعمومه ثبوت الشفعة في كل ربعة أو حائط مطلقا سواء كانا تابعين للأرض أو لا وسواء بيعا معها أو لا وهذا يدل على ثبوت الشفعة فيهما مطلقا .

٢ ــ قوله ε الشريك شفيع والشفعة في كل شيء " (٣) وهذا يتناول البناء والشجر مطلقا تابعين للأرض أو لا ومن ثم فتثبت الشفعة فيهما .

ثانيا ــ المعقول : إن الشفعة شرعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة في هذه الأشياء أمر ظاهر فتثبت فيها الشفعة كغيرها من الأشياء التي من شأنها الإضرار بالشريك .

---

(١) المغني ٥ / ١٨٠ وما بعدها . (٢) سبق تخريجه . (٣) سبق تخريجه .

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه القائلون بثبوت الشفعة في البناء والثمار إذا بيعا منفردين عن الأرض المقامين عليها وذلك لأن عموم الأحاديث الواردة في مشروعية الشفعة يتناول هذه المسألة كقوله ع الشفعة في كل شيء وكلمة [شيء] الواردة في هذه الحديث منكرة تفيد كل شركة سواء في العقارات أو المنقولات أو غيرها

أما ما استند إليه المخالفون من أدلة في أدلة عامة قد دخلها التخصيص والقاعدة الأصولية أن العام يبنى على الخاص ويحمل عليه حتى ولو كان متأخرا عنه

لذا كان القول بثبوت الشفعة في البناء والشجر مطلقا تابعين للأرض المقامين عليها أولا هو الأولى بالقبول . والله أعلم .

الفرع الرابع

حكم ثبوت الشفعة في العلو والسفل .

اختلف الفقهاء في حكم ثبوت الشفعة في العلو السفل على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الشافعية في الأصح والحنابلة في الراجح عندهم إلى عدم ثبوت الشفعة في العلو والسفل فلو كان هناك عقار مكون من عـــدة طوابق وباع من يمتلك طابقا من هذه الطوابق حقه فلا تثبت الشفعة لمن فوقه أو لمن تحته .

قال جلال الدين المحلي في شرحه على المنهاج :" .. فـــلا شـــفعة فـــي حجرة بنيت على سقف غير مشترك بأن اختص به أحد الشريكين فيها أو غيرهما إذ لا أرض لها وكذا مشترك في الأصح لما ذكر " (١)

وجاء في المغني :" وإن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت، فـــإن كان السقف الذي تحته لصاحب السفل فلا شفعة في العلو لأنه بناء مفرد وإن كان لصاحب العلو فكذلك لأنه بناء منفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له " (٢)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية والشافعية في مقابل الأصـــح وقـــول عنـــد الحنابلة ذكره ابن قدامة بصيغة الاحتمال * إلى ثبوت الشفعة في العلـــو والسفل (٣)

---

(١) جلال الدين المحلي على المنهاج ٣ /٤٣ . (٢) المغني ٥ / ١٨٠ / ١٨١ .

- قال ابن قدامة :" ويحتمل ثبوت الشفعة لأن له قرارا فهو كالسفل . المغني ٥ /١٨١ .

(٢) البدائع ٥ /٩ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ٣ /٤٣ . المغني ٥ / ١٨٠ / ١٨١ ==

[الأدلــــــــــــــــــــــــــــــــــة]

[أ] **أدلة الرأي الأول** : استدل القائلون بأن الشفعة لا تثبت فـــي العلـــو والسفل بما يلي :

أولا ــ من السنة بالآتي :

١ ــ حديث جابر رضي الله عنه قضى رسول الله ع بالشـــفة فـــي كـــل شركة لم تقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

٢ ــ بما روي عن جابر أيضا قال : إنما جعل رسول الله ع الشفعة فـــي كل ما لو يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

== جاء في البدائع :" .. وكذلك دار بين رجلين ولأحدهما بئر في الدار بينه وبين آخر فبـــاع الذي له شركة في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في البئر أحق بالبئر لما ذكرنا أن الشريك في البئر جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك سفل بين رجلين ولأحدهما علو عليه بينه وبين آخر فباع الذي له نصيب في الســـفل والعلو نصيبه فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ولشريكه في العلو الشفعة فـــي العلـــو ولا شفعة لشريكه في السفل في العلو ولا لشريكه في العلو في السفل لأن شريكه في السفل جـــار العلو وشريكه في حقوق العلو وإن كان طريق العلو فيه ليس بشريك له في العلو والشريك في عين البقعة أو ما هو في معنى البقعة مقدم على الجار والشريك في الحقوق وشريكه في العلو جار للسفل أو شريكه في الحقوق إذا كان طريق العلو في تلك الدار ولا شركة له فـــي عـــين البقعة فكان الشريك في عين البقعة أولى ولو كان لرجل علو على دار وطريقـــه فيهـــا وبقية الدار لآخر فباع صاحب العلو العلو بطريقه فالقياس أن لا شفعة لصاحب الســـفل فـــي العلو وفي الاستحسان تجب وجه القياس أن من شرائط وجوب الشفعة أن يكون المبيع عقـــارا والعلو منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب في سائر المنقولات بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٠/٩

وجه الدلالة من هذين الحديثين : دل الحديثان السابقان على ثبوت الشفعة في كل شركة لم تقسم وهذا يراد به العقار وما كان تابعا له كالبناء والشجر إذا بيعا معه أما ما عداه كالعلو والسفل فليس عقارا ولا في معناه فلا تثبت فيه الشفعة لأنه يأخذ حكم المنقول والمنقول لا تثبت فيه الشفعة

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم القول بثبوت الشفعة في العقار دون ما عداه لأن الأدلة الدالة على ثبوت مشروعية الشفعة دلت على مشروعية الشفعة في كل شركة مطلقا سواء كانت عقارا أو منقولا وإن كان هناك بعض الأدلة العامة التي تدل على ثبوت الشفعة في العقار فإنها أدلة عامة قد دخلها التخصيص والقاعدة الأصولية أن العام يحمل على الخاص ويبنى عليه ولو كان متأخرا عنه .

ثانيا ـــ إن الشفعة شرعت لرفع الضرر الذي من شأنه أن يدوم وهذا لا يتحقق إلا في العقار أما العلو والسفل فليسا عقارا وإنما هما في معنى المنقول وبالتالي فلا تثبت فيهما الشفعة .

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم حصر الضرر الذي شرعت الشفعة لرفعه هو ضرر العقار الذي من شأنه أن يدوم بل هي شرعت لرفع ضرر الدخيل مطلقا سواء في العقار أو في المنقول .

[ب] أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بثبوت الشفعة في السفل والعلو بما يلي :

أولا ــ من السنة : قوله ε :الشريك شفيع والشفعة في كل شيء " فقد دل هذا الحديث دلالة واضحة وجلية على ثبوت الشفعة في العقار والمنقول وما عداهما وحيث إن العلو والسفل شيء فيكون كل منهما داخلا في نطاق هذا الحديث ومن ثم فتثبت فيهما الشفعة .

ثانيا ــ المعقول من وجهين :

الوجه الأول : إن العلو والسفل في معنى العقار ومن ثم فإن الشفعة تثبت فيه

قال الكاساني : إن العلو في معنى العقار لأن حق البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فأشبه العقار الذي لا يحتمل الهلاك فكان ملحقا بالعقار فيعطي حكمه " (١)

الوجه الثاني : إن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل مطلقا سواء كان هذا في العقار أو المنقول أو غيرهما ومن ثم تثبت في العلو والسفل دفعا لضرر الدخيل الأجنبي .

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه القائلون بثبوت الشفعة في العلو والسفل

---

(١) البدائع ٥ /١٠

وذلك عملا بعموم الأدلة الدالة على ثبوت الشفعة في كل شـــيء وهـــذه الأحاديث مخصصة لعموم الأحاديث المثبتة للشفعة في العقـــار كمـــا أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل مطلقا وهـــذا يســـتوي فيـــه العقـــار والمنقول وغيرهما .

وبناء على ذلك إذا بيع العلو كان لصاحب السفل حق أخذه بالشفعة إذا لم يوجد لصاحب العلو جار ملاصق في علوه فإن وجد كان له ولصـــاحب السفل أخذه بالشفعة معا لأن كلا منهما يعتبر جارا ملاصقا ، أحدهما جار رأسي والآخر جار أفقي .

قال الكاساني :" فإن لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التـــي عليها العلو بالجوار لأنه جاره وإن كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لأنهما جاران " (١)

وكذلك الحال إذا باع صاحب السفل سفله كان لصاحب العلو حق أخـــذه بالشفعة إذا لم يوجد لصاحب السفل جار ملاصق في سفله فإن وجد كان له ولصاحب العلو أخذه بالشفعة معا .

جاء في البدائع :" ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا لأنه جاره " (٢)

أمثلة تطبيقية على ما تقدم .

ذكر بعض الفقهاء(٣) أمثلة تطبيقية على مسألة ثبوت الشفعة فـــي العلو

---

(١) البدائع ٥ /١٠ (٢) البدائع ٥ /١٠ (٣) د/ محمود العكازي ، السابق ، ص ٢٥ .

والسفل نذكرها على النحو التالي :

١ ــ علو مشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه لأجنبي يكون حق الشفعة للشريك في العلو دون صاحب السفل لأن صاحب السفل جار ومعلوم أن الشريك مقدم على الجار في الشفعة .

٢ ــ علو يشترك مع دار أخرى في طريق خاص وسفل هذا العلو بابه في طريق آخر فإن باع صاحب العلو علوه يكون صاحب الدار المشتركة في الطريق الخاص أولى بالشفعة من صاحب السفل لأن صاحب السفل جار وصاحب الدار خليط والخليط مقدم على الجار ، فإذا أسقط صاحب الدار حقه كانت لصاحب السفل إلا إذا كان للعلو جار ملاصق فإن الشفعة في هذه الحالة تكون بينهما بالسوية لأن كلا منهما جار أحدهما جار رأسي والآخر جار أفقي . (١)

قال الكاساني : ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل آخر فبيع العلو فصاحب الدار التي فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التي عليها العلو لأن صاحب الدار التي فيها الطريق شريك في الحقوق وصاحب الدار التي عليها العلو جار والشريك مقدم على الجار فإن سلم صاحب الطريق الشفعة فإن لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التي عليها العلو بالجوار لأنه جاره وإن كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لأنهما جاران " (٢)

---

(١) د/ العكازي ، السابق ، ٢٥ وما بعدها (٢) البدائع ٥ /١٠

٣ ــ دار مكونة من ثلاثة طوابق يملك كلا منها مالك خاص فإذا باع صاحب الطابق الأوسط طابقه فإن الشفعة تكون لمن يشاركه في المدخل لأنه خليط لأنه خليط فيقدم على الجار، فإن اشتركوا جميعا في المدخل كانت الشفعة بين صاحب الطابق الأعلى والطابق الأسفل بالسوية لأن كلاهما خليط .

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا بجلاء عظمة فقهنا الإسلامي الزاخر الذي عالج مثل هذه الأمور التي نحتاج إليها في واقعنا المعاصر وقد نص عليها الفقهاء منذ مئات السنين .

وهذا إنما يدل على عظمة هذا الفقه وأهميته في المجتمع من حيث تطبيقه والعمل به واستلهمام روح أولئك العظماء في التبحر في كنوز فقهنا الزاخر لاستخراج الدرر واللالىء التي تنير الطريق للحيارى من هذه الأمة والعطاش الذين يريدون الارتواء من معين هذه الشريعة الذي لا ينضب أبدا .

" صبغة الله ومن أحسن من الله صبغة ونحن له عابدون "

الفرع الخامس

حكم الشفعة في الزروع والثمار

اختلف الفقهاء في حكم ثبوت الشفعة في الزروع والثمار على

الرأي الأول : ذهب الحنفية إلى أن الشفعة تثبت في الزروع والثمار إن بيعت مع الأرض وذلك على سبيل الاستحسان والقياس لا تثبت ، أما إن بيعت مفردة عنها فلا تثبت فيها الشفعة .

جاء في البدائع :" وأما بيان ما يتملك بالشفعة فالذي يتملكه الشفيع بالشفعة هو الذي ملكه المشتري بالشراء سواء ملكه أصلا أو تبعا بعد أن يكون متصلا وقت التملك بالشفعة وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر وهذا استحسان والقياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة " (١)

وجه القياس : أن الشفيع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وأنه يثبت في العقار لا في المنقول وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا تتملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر لأنهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما لا أصلا ولا تبعا

وجه الاستحسان : أن الحق إذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له لأن حكم التبع حكم الأصل وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال أما

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص:٢٧ / ٢٨

البناء والغرس فظاهران لأن قيامهما بالأرض ، وكذلك الــزرع والثمــر لأن قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالأرض فكــان تبعــا للأرض .. فيثبت الحق فيهما تبعا فيملكهما بالشفعة بطريــق التبعيــة إلا أنهما لا يدخلان في العقد إلا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقــة بــالنص وهو ما روي .. رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :" من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع " فما دام البناء والشــجر متصلا بالأرض فللشفيع أن يأخذ الأرض معه بالثمن الأول وكذا لــه أن يأخذ الأرض مع الثمر والزرع بــالثمن الأول بقــلا كــان الــزرع أو مستحصدا إذا كان متصلا

* فأما إذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فلا سبيل للشفيع عليه وإن كان عينه قائما سواء كان الزوال بآفة سماوية أو بصنع المشتري أو الأجنبي لأن حــق الشفعة في هذه الأشياء إنما ثبت معدولا به عن القياس معلولا بالتبعيــة وقــد زالت التبعية بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه إلى أصل القياس . (١)

الرأي الثاني : ذهب المالكية إلى ثبوت الشفعة في الزروع والثمار مطلقا سواء بيعت مع الأرض أو لا .(٢)

---

(١) البدائع ٥ / ١٢٨

(٢) جاء في الشرح الكبير " .. قوله كشجر مشترك وبناء مشترك بأرض حــبس علــى البــائع وشريكه في الشجر أو البناء أو على غيرهما أو بأرض شخص معير باع أحد الشركاء نصيبه من الشجر أو البناء الكائنين في تلك الأرض فلشريكه الآخر الأخذ بالشــفعة وهــذه المســألة إحدى مسائل الاستحسان الأربعة والثانية الشفعة في الثمار الآتية هنا .. " الشرح الكبير ج: ٣ ص: ٤٧٩

ووجهتهم في ذلك : أن الزروع والثمار المتصلة بالأرض إذا بيعت مع الأصول والأرض كانت تابعة لما تثبت فيه الشفعة فتثبت فيها تبعا له مثل البناء والشجر ، وإذا بيعت مفردة عن الأرض فإنها تشبه الثابت لاتصالها بما هو ثابت فتثبت فيها الشفعة ما لم يأت وقت جذاذها لليبس أو الأكل فتكون في حكم المنقول لاستحقاقها الجذاذ .(١)

الرأي الثالث : ذهب الشافعية في الأصح عندهم والحنابلة إلى ثبوت الشفعة في الثمار غير المؤبرة قال جلال الدين المحلى في شرحه على المنهاج :" .. وكذا ــ أي وكذلك تثبت الشفعة ــ ثمر لم يؤبر في الأصح " (٢)

وقال ابن قدامة :" فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة " (٣)

بخلاف الثمار المؤبرة فإنها لا تثبت فيها الشفعة بل يأخذ الشفيع الأرض والشجر بحصتها من الثمن .

جاء في المغني :" .. القسم الثاني : ما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وبهذا قال الشافعي " (٤)

---

(١)الأبحاث النافعة ، السابق ، صــ٢٠٩ .

(٢) جلال الدين المحلي على المنهاج ٣ / ٤٣ .

(٣)المغني ٥ / ١٨٠ وما بعدها

(٢) المرجع السابق ، نفس الموضع

ووجهتهم في ذلك : أن هذه الثمار تتبع الأصل فتأخذ حكمه قياسا علـــى البناء والغراس التابع للأرض .

جاء في مغني المحتاج :" وكذا ثمر لم يؤبر تثبت فيه تبعا للأرض فـــي الأصح لأنه يتبع الأصل في البيع فيتبعه في الأخذ قياســا علــى البنــاء والغراس " (١)

وقال بن قدامة :" .. لأنها تتبع في البيع فأشبهت الغراس في الأرض "(٢)

الرأي الرابع : ذهب الظاهرية إلى ثبوت الشفعة في الزروع والثمار مطلقــا سواء بيعت مع أصولها ومع الأرض أو لا وسواء كانت الثمرة ظـــاهرة أو لا وسواء كان الزرع مما يتكرر جذه أو لا .(٣)

ووجهتهم في ذلك : أن الشفعة تثبت في كل شيء عملا بعموم حديث النبي ε :" الشفعة في كل شيء " وهذا يتناول الثمار والزروع وغيرها مما تتحقق فيه الشركة سواء كان عقارا أو منقولا أو حيوانا أو نحو ذلك ومن ثم فالشفعة في الزروع والثمار تدخل في عموم هذا الحديث فتثبت فيها الشفعة .

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة هو رجحان ما ذهب إليه الظاهرية ومن وافقهم القائلون بثبوت الشفعة في الزروع والثمار مطلقا وذلك لدخولها في عموم الأحاديث المثبتة للشفعة في كل حيــث لم يرد في السنة ما يخصصها فتبقى على عمومها . والله أعلم

---

(١) مغني المحتاج ٢ /٢٩٨ المحلى ٣ /٤٣ (٢) المغني ٥ / ١٨٠ وما بعدها .

(٣) المحلى ٩ / ٨٣ وما بعدها ، الأبحاث النافعة ، السابق ص ٢٠٩ .

الفرع السادس

حكم ثبوت الشفعة في المشفوع فيه المنتقل بغير عوض

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة في العقار المشفوع فيه والمنتقل إلى الغير بعقد معاوضة مالية، كذلك خلاف بينهم أيضا في عدم ثبوت الشفعة للشفيع إلى كان انتقال العقار المشفوع إلى ملك الغير بطريق الإرث

ولكن ما الحكم لو أن العقار المشفوع فيه انتقل إلى الغير بعقد لا معاوضة فيه كالهبة بلا ثواب والوصية ونحو ذلك أو كان انتقال الملك بعقد معاوضة غير مالية كالمهر وعوض الخلع والصلح على الدم ونحو ذلك هل تثبت فيه الشفعة أو لا ؟ سوف أتناول حكم كل مسألة من هاتين المسألتين في الغصنين التاليين :

الغصن الأول

حكم انتقال المشفوع فيه إلى الغير بعقد لا معاوضة فيه

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في قول والشافعية والحنابلة إلى أن الشفعة لا تثبت في المشفوع فيه المنتقل إلى الغير بعقد لا معاوضة فيه كالوصية والهبة بلا ثواب ونحو ذلك .

قال ابن قدامة :" الشرط الرابع : أن يكون شقصا منتقلا بعوض ، وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث فلا

شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالــك والشــافعي وأصحـــاب الرأي " (١)

الرأي الثاني : حكي عن الإمام مالك في روايــة وابــن أبــي ليلــى أن المشفوع فيه المنتقل بغير عوض كالهبة بلا ثواب والوصية تثبــت فيــه الشفعة .(٢)

[الأدلـــــــــــــــــــة]

[أ] أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القــائلون بعــدم ثبــوت الشفعة في المشفوع فيه إذا انتقل إلى الغير بعقد لا معاوضة فيه بما يلي:

أولا ــ القياس على الميــراث : بجامع أن كلا منهما ملك انتقــل بغيــر عوض فلم تثبت فيه الشفعة .

قال ابن قدامة :" .. ولنا إنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث " (٣)

ثانيا ــ إن النبيε أثبت الشفعة للشفيع إذا انتقل المبيع إلى الغير بالبيع في قوله ε :" لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه " وما عدا البيع ليس في معناه ومن ثم فانتقال المشفوع فيه إلى الغير بغير عوض لا يثبــت فيــه الشفعة .

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٨٢ ، بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٠، جلال الدين المحلى على المنهاج٣ /٤٤ قال الكاساني :" فصل وأما شرائط وجوب الشفعة فأنواع : منها عقد المعاوضة وهو البيع أو ما هــو في معناه فلا تجب الشفعة فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبــة والصــدقة والميــراث والوصية ، بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٠ وما بعدها .

(٢) المغني ج: ٥ ص: ١٨٢

(٣) المغني ج: ٥ ص: ١٨٢

جاء في المغني " ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه " (١)

ثالثا ـ إن الشفيع يأخذ المشفوع فيه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به إليه وهو البيع ولا يمكن هذا في غيره

رابعا ـ إن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي القول بثبوت الشفعة في المبيع المنتقل بالوصية يأخذه بقيمته فافترقا

قال الكاساني :" .. لأن الأخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك هو فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع فإما أن يأخذ بالقيمة وإما أن يأخذ مجانا بلا عوض لا سبيل إلى الأول لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل إلى الثاني لأن الحد على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلا " (٢)

[ب] أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بثبوت الشفعة في المشفوع فيه المنتقل إلى الغير بغير عوض بما يلي :

أولا ـ إن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع وفي انتقال المشفوع فيه إضرار بهذا الشريك ومن ثم فتثبت الشفعة رفعا للضرر الواقع عن الشفيع بسبب الهبة أو الوصية .

جاء في المغني :" لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة وهذا موجود

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٨٢

(٢) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٠ / ١١ ، المغني ج: ٥ ص: ١٨٢

في الشركة كيفما كان الضرر " (١)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن العلة التي شرعت من أجلها الشفعة هي رفع مطلق الضرر وإنما عي رفع ضرر الدخيل الذي ملك المشفوع فيه بمعاوضة ولو كانت العلة هي رفع مطلق الضرر لثبتت الشفعة في العقار المنتقل إلى الغير بطريق الإرث مع أنها لا تثبت فيه اتفاقا . (٢)

ثانيا ـ إن حاجة المشتري إلى المبيع أولى من حاجة الموهوب له إليه لأن إقدام المشتري على الشراء وبذله الثمن دليل على حاجته إلى ما اشتراه بخلاف الموهوب له أو الموصى فحاجته إلى المبيع والضرر اللاحق له أقل من ضرر المشتري .

قال ابن قدامة :" والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري لأن إقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته إليه فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه " (٣)

مناقشة هذا الاستدلال : إن الموهوب له أو الموصى له قد تكون حاجته إلى المشفوع فيه أكبر بكثير من حاجة المشتري لأن الواهب أو الموصي ما أعطاه ذلك إلا لحاجته الملحة لهذا الشيء . (٤)

---

(١) المغني ٥ / ١٨٢

(٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، صـ٢٢٥ .

(٣) المغني ٥ / ١٨٢

(٤)الأبحاث النافعة ، السابق ، ٢٢٥

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بعدم ثبوت الشفعة في المشفوع عليه والمنتقل إلى الغير بعقد لا معاوضة فيه كالمنتقل بالهبة والوصية بلا ثواب ونحو ذلك وذلك لأن تشريع الشفعة جاء على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص فقد والنص اقتصر علــى إثبــات الشفعة للشفيع في خالة انتقال المشفوع فيه إلى المشتري بطريــق البيــع فيقتصر على مورد النص ولا يقاس عليه

كما أن الشفيع في حالة انتقال المبيع إلى المشتري يأخــذه بمثــل الثمن وفي حالة انتقاله إلى الموهوب له يأخذه بقيمته فافترقا لا سيما وأن الضرر اللاحق للموهوب له أو الموصى له أكبر من ضرر المشتري لأن المشتري لن يخسر شيئا بخلافهما فيمكن ألا يهب أو يوصي لهما غيــر هذا المبيع

كما أن الواهب أو الموصي ما أقدم على ذلك إلا لعلمه بالحاجــة الشديدة لكل منهما لذا فالضرر الواقع عليهما في هذه الحالة أشد.

لكل ما تقدم فإنني أجد في نفسي ميلا واطمئنانا إلى ترجيح القــول الأول والعمل بموجبه .

والله أعلم .

الغصن الثاني

حكم ثبوت الشفعة في المشفوع فيه المنتقل بمعاوضة غير مالية

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة في المشفوع فيه المنتقل إلى الغير بطريق المعاوضة المالية كالبيع .

ولكن هل تثبت الشفعة في المشفوع فيه المنتقل إلى الغير بطريق المعاوضة غير المالية كالمهر والخلع ونحو ذلك .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية والراجح عند الحنابلة إلى أن الشفعة لا تثبت في المشفوع فيه المنتقل إلى الغير بطريق المعاوضة غير المالية

جاء في المغني :" .. القسم الثاني ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهرا أو عوضا في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره "(١)

الرأي الثاني : ذهب المالكية والشافعية وابن حامد من الحنابلة إلى أن الشفعة تثبت في المشفوع فيه والمنتقل إلى الغير بعقد معاوضة غير مالية.

---

(١) المغني ٥ / ١٨٢ .

قال الكاساني :" ومنها ـ أي شروط الشفعة ـ معاوضة المال بالمال فلا تجب في معاوضة المال بغير المال " البدائع ٥ / ١٢

جاء في المغني :" وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شـــبرمة والحارث والعكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي " (١)

وقال جلال الدين المحلى :" وإنما تثبت الشفعة فيما ملك بمعاوضة ملكـــا لازما متأخرا عن ملك الشفيع كمبيع ومهر وعـــوض خلـــع وصـــلح دم ونجوم وأجرة ورأس مال سلم " (٢)

[الأدلـــة]

[أ] أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بثبوت الشفعة في المبيع المنتقل إلى الغير بمعاوضة غير مالية بما يلي :

أولا ــ إن المشفوع فيه إنما يأخذه الشفيع بمثل ما أخذه المشتري والمثل في هذه الحالة متعذر لأن العوض الذي أخذ به المشتري ليس ماليا ومن ثم فلا تثبت الشفعة فيما عوضه ليس بمال .

قال الكاساني :" .. لأن الأخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشـــتري فلو وجبت في معاوضة المال بغير المال فإما أن يأخذ بمـــا تملـــك بـــه المشتري ولا سبيل إليه لأنه تملك بالقصاص وإما أن يأخذ بقيمة الـــدار ولا سبيل إليه أيضا لأن المشتري لم يتملك به فامتنع التملك أصلا " (٣)

مناقشة هذا الاستدلال : إن العوض ههنا وإن لم يكم ماليا إلا أنه في

---

(١) المغني ٥ / ١٨٢.

(٢) جلال الدين المحلي على المنهاج ٣ / ٤٤، وللمالكية ، الخرشـــي ٤ /٤٨٠ .بدايـــة المجتهد ٢ /٢٠٦

(٣) البدائع ٥ / ١٢ .

معنى المال ومن ثم فيمكن للشفيع أن يأخذ المشفوع عليه بقيمته وبـــذلك يتحقق المعنى الذي شرعت الشفعة من أجله دون إضرار بأحد .

ثانيا ــ إن الشفيع إنما يأخذ المشفوع فيه بالسبب الذي تملك به المشتري وهذا غير ممكن لأنه إما نكاح أو خلع ونحو ذلك وهذا غير متحقق فـــلا تثبت الشفعة في هذه الحالة . (١)

مناقشة هذا الاستدلال : إن أخذ الشفيع المشفوع فيـــه بمثـــل مـــا أخـــذ المشتري هو الكثير الغالب ولا يمنع ذلك من الأخذ بسبب آخر مثل الخلع والنكاح نحو ذلك .

[ب] استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بثبوت الشفعة في المشفوع فيه المنتقل بمعاوضة غير مالية بما يلي :

القياس على المعاوضة المالية : فكما أن الشفعة تثبت في العقار المنتقل إلى الغير بمعاوضة مالية كالبيع مثلا فإنها تثبـــت أيضـــا فـــي المنتقـــل بمعاوضة غير مالية كالمهر والخلع ونحوهما .(٢)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم هذا القياس لأنه قياس مـــع الفـــارق فيكون باطلا .

وبيان الفـــرق : أن المملوك بالبيع عوضه المال وهذا يمكن الأخـــذ بـــه ،بخلاف المملوك بمعاوضة غير مالية فإن عوضه ليس بمال ومن ثم فليس له

---

(١) الأبحاث النافعة ، السابق ، ص٢٢١ /٢٢٢

(٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، ص٢٢١ /٢٢٢

مثل يمكن الأخذ به .

الجواب على هذه المناقشة : إن العوض وإن لم يكن مالا إلا أنه في معنى المال ومن ثم فيمكن تقويمه وأخذه بقيمته وهذا أمر ممكن ومتيسر عن طريق تقويم المقومين من أهل الخبرة .

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة رجحان ما ذهب إليه القائلون بثبوت حق الشفعة في المشفوع فيه المنتقل بعوض غير مالي وذلك كالمهر ونحوه ولكن بم يأخذه الشفيع في هذه الحالة هل يأخذه بمهر المثل أو بقيمته ؟.

للفقهاء في هذه المسألة رأيان :

فذهب الشافعي ومن وافقه إلى أنه يأخذ المشفوع فيه بمهر المثل .

وذهب ابن شبرمة وابن أبي ليلى إلى أن الشفيع يأخذ الشقص بقيمته قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى الناس فيه في العادة بخلاف البيع .(١)

ولأن مهر المثل قد مائة ألف مثلا وقيمة المشفوع فيه مائتين ففي هذه الحالة يكون الشفيع قد أخذ المشفوع فيه بأقل من قيمته لذا فإننا نرى الأولى بالقبول في هذه المسألة هو ما ذهب إليه ابن شبرمة وابن أبي ليلى القائلون بأن الشفيع يأخذ الشقص بالقيمة في هذه الحالة لأن الأولى بالقبول لا سيما وأن يحقق العدالة لكلا الطرفين . والله أعلم .

---

(١) المغني ٥ / ١٨٣

الفرع السابع

حكم ثبوت الشفعة في بيع الخيار

لا خلاف بين الفقهاء ــ فيما أعلم ــ في ثبوت الشفعة في المشفوع فيه المنتقل إلى الغير عن طريق البيع وكان هذا البيع لازما . ولكن ما الحكم لو كان هذا البيع غير لازم بأن اشترط أحد المتبايعين الخيار لنفسه هل تثبت الشفعة في هذه الحالة أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية والشافعية في الأظهر وأبو الخطاب من الحنابلة إلى ثبوت الشفعة في بيع الخيار إذا كان الخيار للمشتري أما إذا كان الخيار للبائع أو لهما فلا تثبت في هذه الحالة .

قال الكاساني :" .. فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع .. ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لأجل خيار البائع " (١)

الرأي الثاني : ذهب المالكية والحنابلة ومقابل الأظهر عند الشافعية إلى عدم ثبوت الشفعة في بيع الخيار مطلقا .

---

(١) البدائع ٥ /١٨ ــ ١٩ ، حاشية ابن عابدين ج: ٦ ص: ٢٣٧ ، الأم ٤ / ٤ ، جلال الدين المحلى على المنهاج ٣ /٤٤ ، المبدع ٥/٢٢٩

وجاء في المغني :" .. وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي " المغني ج: ٥ ص: ١٨٣

قال المرداوي في الإنصاف :" ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في الفروع وغيره قال في القواعد في الفائدة الرابعة وأما الشفعة فلا تثبت في مدة الخيار على الروايتين عند أكثر الأصحاب ونص عليه في رواية حنبل " (١)

[الأدلة]

[أ] استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بثبوت الشفعة في بيع الخيار إذا كان الخيار للمشتري وبعدم ثبوتها إذا كان الخيار لهما أو للبائع بما يلي :

قالوا : إن خيار المشتري لا يمنع لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه . وحيث انتقل الملك عن البائع ثبت للشفيع الأخذ بالشفعة لأنه بانتقال الملك إلى الغير ثبت الضرر الذي شرعت الشفعة لرفعه وهو دفع ضرر الدخيل وقد وجد فيثبت حق الأخذ بالشفعة .

أما إذا كان الخيار للبائع أولهما فإن هذا الخيار يمنع زوال المبيع عن ملك البائع والشفعة مترتبة على هذا وحيث لم يوجد فلا شفعة (٢)

[ب] استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بعدم ثبوت الشفعة في بيع الخيار مطلقا سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما بما يلي :

---

(١) الإنصاف للمرداوي ج: ٦ ص: ٣٠٨ ، وللمالكية الشرح الكبير ٣ / ٤٧٥ ، جلال الدين المحلى على المنهاج ٣ / ٤٤ .

(٢) البدائع ٥ /١٨ ــ ١٩

قالوا : إذا قلنا بثبوت الشفعة في بيع الخيار فإن هذا يــؤدي إلـــى إلزام المشتري بالعقد قبل رضاه وإيجاب العهدة * عليه وتفويت حقه من الرجوع في عين الثمن

قال ابن قدامة :" ..ولنا إنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشـــفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقــد بغيــر رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلــم يجز كما لو كان الخيار للبائع فإننا إنما منعنا من الشفعة لمـــا فيـــه مـــن إبطال خيار البائع وتفويت حق الرجوع عليه في عين مالهما وهما فـــي نظر الشرع على السواء " (١)

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هـــذه المســـألة رجحان ما ذهب إليه القائلون بعدم ثبوت الشفعة للشفيع مطلقا في بيع الخيـــار سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما وذلك لأن الملك لم يســـتقر بعـــد لاحتمال رجوع المشتري في العقد وحيث إن الملك غير مستقر فـــلا تثبـــت الشفعة إلا عند استقراره وذلك لا يكون إلا بانتهاء مدة الخيار . والله أعلم .

---

* المراد بالعهدة هنا : رجوع من انتقل إليه الملك من شفيع أو مشتر على من انتقل عنه الملـــك من بائع أو مشتر بالثمن أو الأرش عند استحقاق الشقص أو عيبه . الفقه الإسلامي ٦ /٤٩١٥ ، كشاف القناع ٤ /١٨٢ ،

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٨٤

جاء في المبدع :" .. لأن في الأخذ إلزام المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه وإيجاب العهدة عليه وتفويت حقه من الرجوع فـــــي عين الثمن " المبدع ج: ٥ ص: ٢٢٩

المطلب الثالث : المشفوع به (الثمن)

اتفق الفقهاء على أن الشفيع يأخذ المبيع المشفوع فيه بالثمن أو بالعوض الذي ملك به أو بمثل الثمن الذي تملك به المشتري

ويستدل على ذلك بالسنة والمعقول :

أما السنة فما روي في حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : هو أحق بالثمن " رواه أبو إسحاق الجوزجاني في كتابه .

فدل ذلك على أن الشفيع يستحق المشفوع فيه بمثل الذي تملكه به المشتري لا بغيره .

وأما المعقول فلأن الشفيع إنما استحق الشقص ــ المشفوع فيه ــ بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشتري .

مناقشة هذا الاستدلال : إن الشفيع إنما استحق أخذ المشفوع فيه بغير رضا مالكه وهو المشتري فينبغي أن يأخذه بقيمته وذلك قياسا على المضطر عندما يأخذ طعام غيره فإنه يأخذه بقيمته فكذا ههنا .

قال ابن قدامة :" فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكه فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره " (١)

الجواب على هذه المناقشة : لا نسلم لكم وجوب أخذ الشفيع المبيع المشفوع فيه بقيمته قياسا على المضطر الذي يأخذ مال غيره لأن هذا القياس مع الفارق فيكون باطلا .

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ٢٠٠

وبيان الفرق : أن المضطر استحق أخذ مال الغير لحاجة خاصة هي دفع الهلاك عن نفسه وبالتالي فالمرجع في هذه الحالة إلى القيمة بخلاف الشفيع فإنه استحق المشفوع فيه بسبب البيع ومن ثم فإنه يأخذه بمثل ما أخذه المشتري بدليل أن المشفوع فيه لو انتقل إلى الغير بالهبة أو الميراث لما استحق الشفيع الأخذ بالشفعة ومن ثم وجب أخذه بالعوض الثابت بالبيع .

قال ابن قدامة :" قلنا : المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع " (١)

حكم الأخذ بالشفعة إذا كان المشفوع به لا مثل له

وفقا لما تقدم فإن المشفوع به إذا كان مما له مثل في الأسواق فإن الشفيع يأخذه بمثله فإن كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله ولكن ما الحكم لو كان المشفوع به (الثمن) مما لا مثل له في الأسواق هل يأخذه بقيمته أو تسقط الشفعة في هذه الحالة ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : أن الشفيع يستحق المشفوع فيه بقيمته من الثمن وهذا هو قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ٢٠٠ /٢٠١

الرأي الثاني : أن الشفعة لا تثبت في هذه الحالة وهذا الرأي محكي عن الحسن البصري وسوار (١)

[الأدلـــــــــــــــــــــــــــــــة]

[أ] استدلال الرأي الأول : استدل الجمهور القائلون بثبوت الشفعة بمثل الثمن إذا المشفوع به مما لا مثل له : بأن المثل أحد نوعي الثمن فجـــاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي .

جاء في المغني :" ولنا إنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي " (٢)

[ب] استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بسقوط الشـــفعة إذا كـــان المشفوع به (الثمن) مما لا مثل له بأن الشـــفعة تجـــب بمثـــل الـــثمن والمشفوع فيه لا مثل له فتعذر الأخذ فلم تثبت الشفعة كما لو كان الـــثمن مجهولا .

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم تعذر المثل في هذه الحالة لأن المثل يمكن تحقيقه بطريق الصورة وبطريق القيمة فإذا تعذرت إحداهما انتقـــل إلى الأخرى وبذا يمكن تحقيق المثل .

قال ابن قدامة :" .. وما ذكروه لا يصح لأن المثل يكـــون مـــن طريـــق الصورة ومن طريق القيمة كبدل المتلف فأما أن كان الثمن من المثليـــات غير الأثمان كالحبوب والأدهان فقال أصحابنا يأخـــــــــذه الشفيع بمثله

---

(١) المغني ٥ / ٢٠١

لأنه من ذوات الأمثال فهو كالأثمان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي ولأن هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في إحداهما ولأن الواجب بدل الثمن فكان مثلـــه كبـــدل القـــــــــرض والمتلف " (١)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحا ما ذهب إليه الجمهور القائلون بأن المشفوع به (الثمن) إذا لم يكن له مثل فإن الشفيع يأخذ المشفوع فيه بقيمته مـــن الـــثمن لأن المثل يمكن تحقيقه صورة ومعنى وحيث امتنع تحقيقـــه صـــورة إلا أن إمكان تحقيقه عن طريق البدل قائم فينتقل إليه . والله أعلم .

****

حكم الحط من الثمن أو الزيادة عليه هل يسري في حق الشفيع أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الشافعية والحنابلة إلى إن الحط من الثمن أو الزيادة عليه في مدة الخيار يسري في حق الشفيع بخلاف ما إذا كان ذلك بعـــد إنقضاء مدة الخيار فلا يسري في حق الشفيع الحط أو الزيادة

جاء في المغني :" ويستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير

---

(١) المغني ٥ / ٢٠١

في حق الشفيع لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتغيير يلحق بالعقد فيه لأنهما على اختيارهم فيه كما لو كان حال العقد فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لأن الزيادة بعده هبة يعتبر لهما شروط الهبة والنقص إبراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبهذا قال الشافعي ." (١)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية إلى أن النقص يثبت في حق الشفيع دون الزيادة .

الرأي الثالث : ذهب المالكية إلى أنه إن بقي بعد النقص ما يكون ثمنا للمشفوع به أخذ به أما إن حط الأكثر بحيث لا يكون ما تبقى ثمنا للشقص المبيع أخذه الشفيع بمثل الثمن الأول .

جاء في المغني :" وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة وإن كان عنده يلحقان بالعقد لأن الزيادة تضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص وقال مالك إن بقي ما يكون ثمنا أخذ به وإن حط الأكثر أخذه بجميع الثمن الأول " (٢)

ويبدو لنا رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بسريان الزيادة والنقص في حق الشفيع ما دام ذلك في مدة الخيار أما بعد انقضائها فلا يسري ذلك في حق الشفيع .

---

(١) ، (٢) المغني ٥ / ٢٠١ ، المبسوط ١٤ /١٠٧ ، البدائع ٥ /٢٧ نهاية المحتاج ٤ /١٥٠

حكم اختلاف الشفيع والمشتري في قدر الثمن

إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن الذي اشترى به المشتري الشيء المشفوع فيه بأن قال المشتري اشتريته بعشرة آلاف وقال الشفيع بل بخمسة فما الحكم ؟

في هذه الحالة إذا اختلف الشفيع والمشثري على النحو سالف الذكر فالقول المشتري

قال ابن قدامة :" .. أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن ولأن الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي " (١)

مناقشة هذا القول : لا نسلم لكم أن القول قول المشتري بل القول قول الشفيع لأنه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه إذا أعتق .

الجواب على هذه المناقشة : لا نسلم لكم أن القول قول الشفيع قياسا على الغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه إذا أعتق لأن الشفيع ليس بغارم لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق . (٢)

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ٢٠٥

(٢) المغني ج: ٥ ص: ٢٠٥

هذا إذا لم يكن لأحدهما بينة ، فأما إن كان للشفيع بينة حكم بهـــا وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستغني عن يمينه ويثبـــت ذلـــك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين

ولكن هل تقبل شهادة البائع في هذا الصدد أو لا ؟

لا تقبل شهادة البائع في حالة اختلاف الشفيع والمشتري في قـــدر الثمن للتهمة لأنه إذا شهد للشفيع كان متهما لأنه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه

وإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما وفي هذه الحالة يكون القول قـــول المشتري لأنه العاقد وأعرف بالثمن ولأن المشفوع فيه ملكه فـــلا ينـــزع منه بغير بينة . (١)

---

(١) المغني ٥ / ٢٠٥

حكم عجز الشفيع عن دفع ثمن المشفوع فيه

لا خلاف بين الفقهاء فيما أعلم في أن الشفيع متى طلب الأخذ بالشفعة ودفع الثمن إلى المشتري فإن شفعته في هذه الحالة تكون ماضية نافذة ولكن ما الحكم لو أن الشفيع طلب الأخذ بالشفعة وعجز عن دفع الثمن هل يبطل حقه في طلب الشفعة في هذه الحالة أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الشفيع إذا عجز عن دفع ثمن الشيء المشفوع فيه فإن حقه في طلب الأخذ بالشفعة يسقط ولا شفعة له في هذه الحالة .

قال الشيرازي :" ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض " (١)

وقال ابن قدامة :" ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن " (٢)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية والظاهرية إلى أن الشفيع في هذه الحالة لا يبطل حقه في الأخذ بالشفعة وللمشتري حبس المشفوع فيه حتى يأخذ حقه.

جاء في البدائع :" .. فإذا طالبه بها الشفيع يقضي القاضي له بالشفعة سواء حضر الثمن أو لا في ظاهر الرواية وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع ." (٣)

---

(١) المهذب ج: ١ ص: ٣٧٨

(٢) المغني ج: ٥ ص: ٢٠٣

(٣) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٢٤ ، المحلى ١٠ / ٢٧ .

الرأي الثالث : ذهب المالكية في هذه الحالة إلى التفرقة بين أربع حالات:

الحالة الأولى :

أن يقول الشفيع أخذت وقد عرف الثمن وسلم المشترى له الأخــذ فيلزم المشترى أن يسلم الشقص للشفيع ولا رجوع لواحد منهما ثم إن أتى الشفيع بالثمن فلا كلام وإن لم يأت به فإن الحاكم يؤجله ثم يبيع من ماله بقدر الثمن

الحالة الثانية :

أن يقول الشفيع أخذت مع معرفته للثمن ويسكت المشترى فإن أتى الشفيع بالثمن أجبر المشتري على أخذه وإن لم يأت الشفيع بالثمن فــإن الحاكم يؤجله باجتهاده فإن مضى الأجل ولم يأت به فله أن يبقــى علــى طلب الثمن فيباع له من مال الشفيع بقدره وله أن يبطل أخذ الشفيع ويبقى الشقص لنفسه

الحالة الثالثة :

أن يقول الشفيع أخذت ويأبى المشتري ذلك فإن عجل الشفيع الثمن أجبر على أخذه وإن لم يعجله أبطل الحاكم شفعته من غير تأجيل في هذه حيث أراد المشترى ذلك وله أن يرضى باتباعه بالثمن فيبــاع لــه ولــو للشقص . (١)

الحالة الرابعة : إذا قال الشفيع أنا آخذ بالشفعة بصيغة اســـم الفاعل أو

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٤٨٩

المضارع فإن سلم المشتري ذلك الأخذ فالحكم أنه إن عجل ذلك الشفيع الثمن فلا كلام في أخذه ، وإن لم يعجله أجل ثلاثا لإحضار الثمن فإن أتى بالثمن في الأجل المضروب له فإنه يأخذ بالشفعة ويتسلم الشقص أيضا وإن لم يأت بالثمن في ذلك الأجل المضروب له سقطت شفعته ، وأما إن قال الشفيع أنا آخذ بصيغة اسم الفاعل أو المضارع أيضا وسكت المشتري أو أبى فإن عجل الشفيع الثمن أخذه المشتري جبرا وسلم الشقص للشفيع أما إن لم يعجل الثمن في هذه الحالة فقد بطلت شفعته حالا فيهما ويبقى الشقص للمشتري .(١)

[الأدلــــــــــــــــــــــة]

[أ] استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بسقوط الشفعة إذا عجز الشفيع عن دفع الثمن إلى المشتري بما يلي :

قالوا إن في الأخذ بالشفعة دون دفع الثمن للمشتري إضرارا به ولا يزال الضرر بالضرر فإن أحضر رهنا ونحوه لم يلزم المشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضررا فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال.(٢)

[ب] استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بأن حق الشفيع لا يبطل بعجزه عن دفع الثمن وأن للمشتري حبس المبيع حتى يستوفي حقه بما يلي :

---

(١) الأبحاث النافعة ، السابقة ، ص: ٣١٠ : ٣١١

(٢) المغني ٥ / ٢٠٣ .

أولا ــ القياس على البيع : بجامع أن كلا منهما تملك بعوض لا يتوقف على إحضار الثمن . ومن ثم فإذا نقد الشفيع الثمن للمشتري بعد القضاء له بالشفعة فلا كلام .وإن لم ينقد وطلب أجلا يوما أو يومين أو ثلاثة ليتمكن من السداد في هذه المدة أمهله وأعطاه الأجل الذي طلبه ولا يحبسه القاضي لأن الحبس نظير الظلم بالمطل ولم يظهر مطله بعد فإن مضى الأجل ولم يحضر الثمن حبسه القاضي لإبائه مع قدرته على الأداء ولا تنقض الشفعة بذلك كما لا ينقض البيع بامتناع المشتري عن دفع الثمن

جاء في البدائع :" لأن التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فإن أبى أن ينقد حبسه القاضي لأنه ظهر ظلمه بالامتناع من إيفاء حق واجب عليه فيحبسه ولا ينقض الشفعة كالمشتري إذا امتنع من إيفاء الثمن أنه يحبس ولا ينقض البيع وإن طلب أجلا لنقد الثمن أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام لأنه لا يمكنه النقد للحال فيحتاج إلى مدة يتمكن فيها من النقد فيهمله ولا يحبسه لأن الحبس جزاء الظلم بالمطل ولم يظهر مطله " (١)

ثانيا ــ إن العجز عن دفع الثمن لا يبطل الحق في الأخذ بالشفعة وإنما ينظر إلى كما يسره كما أمر بذلك الحق سبحانه وتعالى :" وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " فإن وفى بالثمن بعد هذه المدة فلا كلام وإن عجز بعد ذلك بيع الشقص المشفوع فيه عليه حتى يأخذ المشتري حقه.(١)

---

(١) البدائع ٥ / ٢٥

(٢) الأبحاث النافعة ، السابق ، ص ٣٠٨ .

[ج] **استدلال الرأي الثالث** : استدل المالكية على ما ذهبوا إليه بالآتي :

١ ــ إن الشفعة إذا لزمت من جانب الشفيع والمشتري بأن قال الشـــفيع أخذت وعرف الثمن وسلم له المشتري في الأخذ ثبت الملك للشفيع وصار الثمن دينا حالا فيباع فيه ماله كسائر ديونه الحالة .

٢ ــ إذا لزمت الشفعة من جانب الشفيع وحده بأن قال أخـــذت وعـــرف الثمن وسكت المشتري أو امتنع عن التسليم بقي الخيار للمشـــتري فإن اختار بقاءها ثبت الملك للشفيع وبيع في الثمن ماله وإن اختار فسخها بطلت الشفعة لأنه صاحب الحق فيها .

٣ ــ إذا لم تلزم الشفعة من الجانبين بأن قال الشفيع أنـــا آخـــذ بصـــيغة المضارع أو اسم الفاعل لم يثبت الملك وإنما يصير حقـــا ضـــعيفا فيبطل بعدم التعجيل في دفع الثمن .(١)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لـــي رجحان ما ذهب إليه القائلون بعدم سقوط حق الشفعة بعجز الشفيع عن دفـــع الثمن ولكن على الحاكم أن يمهله مدة من الزمن كما أمر بذلك القرآن الكريم " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " فإن استطاع دفع الثمن لمشتري خلال الأجل المضروب له فلا كلام وهو على شفعته أما إذا لم يستطع ففـــي هـــذه الحالة يسقط حقه في الأخذ بالشفعة وتبطل وهذا ما رجحه ابـــن قدامـــة فـــي المغني حيث يقول :" .. ولنا إنه تمـــــــــــــلك للمبيـــــــــــع بعوض

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٤٨٩ ، الأبحاث النافعة ، السابق ص : ٣١١

فلا يقف على إحضار العوض كالبيع وأما التسليم في البيع فالتسليم فـــي الشفعة مثله وكون الأخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنـــع من اعتباره في الصحة فإذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيهـــا وإلا فســـخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشتري "

حكم استحقاق المشفوع فيه

إذا ظهر الشيء المشفوع فيه والذي أخذه الشفيع مستحقا للغير فعلى من يكون الضمان أو العهدة (١) على البائع أو على المشتري ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن عهدة الشفيع تكون على المشتري ويرجع المشتري على البائع .

جاء في المغني :" مسألة قال وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع ، يعني أن الشفيع إذا أخذ الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وإن وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الأرش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي " (٢)

---

(١) العهدة لغة : الرجعة تقول لا عهدة لي على فلان أي لا رجعة لي عليه .
وفي الاصطلاح : ضمان الثمن إذا ظهر بالشقص عيب أو استحقاق. القاموس المحيط ١ / ٣٢٠ .
قال المرداوي : " والعهدة فعلة من العهد .. والمراد هنا رجوع من انتقل الملك إليه على من انتقل عنه بالثمن أو بالأرش عند استحقاق الشقص أو عيبه فيكون وثيقة للبيع لازمة للملتقى عنه فيكون عهدة بهذا الاعتبار " الإنصاف ٦ / ٣١١

(٢) المغني ج: ٥ ص: ٢١٥ ، الإنصاف ٦ /٣١١ ، روضة الطالبين ٥ /١٠٣ ، مواهب الجليل ٥ /٣٢٩ ، المدونة ١٤ /٤٠٥

الرأي الثاني : ذهب ابن أبي ليلى وعثمان البتي إلى أن عهـدة الشـفيع على البائع . (١)

الرأي الثالث : ذهب الحنفية إلى أن عهدة الشفيع على المشتري إن أخـذ الشقص منه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه .

قال السرخسي :" وإذا أخذ الشفيع الدار من المشتري فعهدته وضـمان ماله على المشتري ...... وإن أخذها ممن البائع ودفع الثمن إليـه فعهدتـه وضمان ماله على البائع عندنا " (٢)

[الأدلـــــــــــــــــة]

[أ] أدلة الرأي الأولـــــــــ : استدل القائلون بأن عهدة الشفيع على المشتري ويرجع المشتري على البائع بما يلي :

١ ـ إن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يـزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لـو أخذه منه ببيع

٢ ـ إن الشفيع ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليـه بالعيـب كالمشتري في البيع الأول .(٣)

[ب] استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بأن عهدة الشـفيع علـى البائع بما يلي :

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ٢١٥

(٢) المبسوط للسرخسي ج: ١٤ ص: ١٠١

(٣) المغني ج: ٥ ص: ٢١٥

القياس على المشتري : فكما أن المشتري إذا استحق المبيع الذي اشتراه للغير فإنه يرجع على البائع فكذا الشفيع بجامع أن كلا منهما ثبت الحق له بإيجاب البائع .

جاء في المغني :" .. لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري " (١)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم القياس على المشتري لأنه قياس مع الفارق فيكون باطلا :

وبيان الفرق : أن المشتري ملك الشيء المبيع من البائع فكان رجوعه عليه بخلاف الشفيع فإنه ملك الشيء المشفوع فيه عن طريق المشتري المشفوع عليه فكان رجوعه عليه .

قال ابن قدامة :" .. وقياسه على المشتري في جعل عهدته على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع " (٢)

[ج] استدلال الرأي الثالث : استدل القائلون بأن عهدة الشفيع على المشتري إن أخذ الشقص منه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه بما يلي :

قالوا : إن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فينفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من البائع مالكا من جهته فكانت عهدته عليه .

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ٢١٥

(٢) المغني ج: ٥ ص: ٢١٥

قال السرخسي :" .. لأنه يتملك الدار عليه ويدفع الثمن إليه فهو في حقه بمنزلة البائع مع المشتري " (١)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن عهدة الشفيع على البائع إذا كان التسليم منه لأن البائع في هذه الحالة لا يعدو أن يكون نائبا عن المشتري في التسليم ومن ثم فلا يكون الضمان عليه وإنما على المشتري ويرجع هو بدوره على البائع ، كما أن القول بانفساخ العقد بين البائع والمشتري لا يؤدي إلى هذه النتيجة وهي كون العهدة على البائع لأن الشفعة تبطل في حالة انفساخ البيع .

جاء في المغني :" وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحقت به " (٢)

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه القائلون بأن عهدة الشفيع تكون على المشتري (المشفوع عليه) ويرجع المشتري على البائع وذلك لأن الشفيع تملك هذا الشيء المستحق للغير عن طريق المشتري فكان رجوعه عليه وكذا رجوع المشتري على البائع لأن الملك الحاصل له كان بسبب منه فكان رجوعه عليه . والله أعلم .

---

(١) المبسوط ١٤ / ١٠١

(٢) المغني ج: ٥ ص: ٢١٥

المطلب الرابع : المشفوع عليه (المشتري)

تقدم القول إنه يجب للأخذ بالشفعة أن ينتقل المشفوع فيــه إلــى المشتري (المشفوع عليه) بعقد معاوضة مالية وتناولنا موقف الفقهــاء في حكم انتقال المبيع إلى المشتري بعقد لا معاوضة فيه وبعقد معاوضة غير مالية كالمهر ونحوه ، كما يجب بالإضافة إلى ما تقدم أن يكون ملكه ملكا لازما كما ذهب على ذلك البعض وتناولنا حكم الأخــذ بالشــفعة إذا انتقل المشفوع فيه إلى المشتري بعقد غير لازم بأن كان البيع فيه بشرط الخيار ومن ثم فلا حاجة إلى إعادة هذه المسائل مرة أخرى .

ولكن فيما سيأتي سنتناول حكم نماء المشفوع فيه وزيادته في يــد المشتري (المشفوع عليه) على هذا النحو :

أولا ــ حكم النماء الطبيعي :

إذا نما الشيء المشفوع فيه في يد المشتري قبل أن يأخذ الشفيع بالشــفعة **فما حكم هذا النماء ؟**

ذهب الحنفيــة : إلى أن النماء الحاصل في المبيع في يد المشفوع عليــه فالقياس ألا يكون للشفيع لأنه نما على ملك المشتري وبعلمه .

والقياس أنه للشفيع لأنه ثمر متصل بالشجر فكان تبعا له ولأنه متولد عن المبيع .

وجه القياس : أن الشفيع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشــفعة وأنــه يثبت في العقار لا في المنقول وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحــق فلا تتملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر لأنهما مبيعان ومقصودان لا

يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما لا أصلا ولا تبعـا **ووجه الاستحسان** : أن الحق إذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له لأن حكم التبع حكم الأصل وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال أما البناء والغرس فظاهران لأن قيامهما بالأرض وكذلك الزرع والثمر لأن قيـام الزرع وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالأرض فكـان تبعـا لـلأرض بواسطة الشجر فيثبت الحق فيهما تبعا فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية إلا أنهما لا يدخلان في العقد إلا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص.(١)

وذهب المالكية : إلى أن النماء الحاصل في المبيع قبل أن يأخذ الشـفيع بالشفعة يكون للمشتري لأن الضمان عليه فكانت الغلة له لأن القاعـدة : الخراج بالضمان " وحيث كان ضمانه عليه إذا تلف فكانت غلته له .

أما بعد الأخذ بالشفعة فإنه يكون للشفيع .(٢)

وذهب الشافعية والحنابلة : إلى التفرقة بين الثمار الظاهرة والثمار غير الظاهرة .

* فإذا كانت الثمار الناشئة عن المشفوع فيه ثمارا غير ظاهرة ففي هـذه الحالة تكون هذه الزيادة تابعة للمبيع ويستحقها الشفيع قال جـلال الـدين المحلي في شرحه على المنهاج : " .. وكذا ثمر لم يؤبر تثبت فيه تبعـا للأصل في الأصح " (٣)

---

(٣) البدائع ٥ /٢٨ ، الفقه الإسلامي ٦ /٤٩٣٢

(٢) الشرح الصغير ٣ / ٦٥٤

(٣) جلال الدين المحلي على المنهاج ٣ / ٤٣

وجاء في المغني : وإذا نما المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين أحدهما أن يكون نماء متصلا كالشجر إذا كثر أو ثمرة غير ظاهرة فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأن هذه زيادة غير متميزة فتبعت الأصل كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة " (١)

أما إذا كانت الثمار المتصلة بالمبيع ظاهرة فلا يستحقها الشفيع وإنما هي للمشتري .

قال ابن قدامة : .. الحال الثاني أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والأجرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لا حق للشفيع فيها لأنها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رؤوس النخل إلى الجذاذ لأن أخذ الشفيع من المتشري شراء ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ويأخذ الأرض والنخيل بحصتهما من الثمن " (٢)

ثانيا ــ حكم الزيادة المحدثة :

الزيادة المحدثة في المبيع إما أن تكون بالزرع أو الغرس أو البناء .

[أ] الزيادثة المحدثة بالزرع : إذا كانت الزيادة المحدثة في المبيع بطريق الزرع بأن قام المشتري بزرع الأرض التي ثبت فيها حق الأخذ بالشفعة فما الحكم في هذه الحالة ؟

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٩٩

(٢) المغني ج: ٥ ص:١٩٩ / ٢٠٠ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ٣ / ٤٣ .

من المتفق عليه بين الفقهاء أن للشفيع الأخذ بالشفعة في هذه الحالة ويكون الزرع للمشتري على أن يبقى في الأرض إلى أوان الحصاد والجذاذ ولكن هل يجب عليه أجرة الأرض في هذه المدة ؟

ذهب الحنفية إلى أنه يجب على المشتري أن يدفع الأجرة عن هذه المدة التي تمضي بين القضاء بالشفعة ووقت الحصاد أو الجذاذ .

وذهب الشافعية والمالكية إلى أن المشتري لا يجب عليه أجرة لذلك لأن هذا الزرع زرعه في ملكه فلا شيء عليه .(١)

[ب] الزيادة المحدثة بطريق البناء والغرس :

إذا أحدث المشتري في الشيء المشفوع فيه زيادة بطريق البناء أو الغرس فلا خلاف في ثبوت الشفعة للشفيع في هذه الحالة ، كذلك لا خلاف أيضا في أن المشتري إن اختار قلع ما أحدثة من زيادات في المشفوع فيه فله ذلك لأنه ملكه ، أما إذا لم يختر المشتري قلع ما استحدثه في المشفوع فيه فقد اختلف الفقهاء فيما يجب على الشفيع دفعه للمشتري على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية إلى في ظاهر الرواية إلى أن الشفيع بالخيار بين يكلف المشتري بقلع ما أحدثه في الأرض من زيادات وبين أخذ قيمته مقلوعا أي أنقاضا .

جاء في البدائع :" وإن كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأسا لا أصلا ولا تبعا بأن بنى المشتري بنا أو غرس أو زرع ثم حضر الشفيع

---

(١) البدائع ٥ / ٢٥ وما بعدها ، نهاية المحتاج ٤ / ١٤٥ ، كشاف القناع ٤ / ١٧٤ .

يقضي له بشفعة الأرض ويجبر المشتري على قلع البناء والغرس وتسليم الساحة إلى الشفيع إلا إذا كان في القلع نقصان الأرض فللشفيع الخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبنا والغرس بقيمته مقلوعا وإن شاء أجبر المشتري على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية " (١)

الرأي الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى أن الشفيع يخير بين ترك الشفعة وبين الأخذ مع دفع قيمة البناء والغراس وهو مستحق البقاء .

قال ابن قدامة : فإن لم يختر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الأرض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتي وسوار وإسحاق . (٢)

سبب الخلاف في هذه المسألة :

قال ابن رشد :" .. والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشوع عليه بين العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٢٩

(٢) المغني ج: ٥ ص:١٩٨ / ١٩٩ ، بدائع الصنائع ٥ /٢٩ ، بداية المجتهد ٢ /٢١٣

قال الكاساني :" .. وروي عن أبي يوسف أنه لا يجبر المشتري على قلع البناء والغرس ولكنه يأخذ الأرض بثمنها والبناء والغرس بقيمته قائما غير مقلوع إن شاء وإن شاء ترك وبه أخذ الشافعي رضي الله عنه " بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٢٩

وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الأرض وغرس وذلك أنه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدي قال : له أن يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضا " (١)

[الأدلـــــــــــــــــــــــــة]

[أ] استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بأن الشفيع مخير بين أن يكلف المشتري بقلع الزيادات من الأرض وبين أن يدفع قيمتها منقوضة بما يلي :

القياس من وجهين :

الأول : القياس على الغاصب : بجامع أن كلا منهما بنى فيما استحق غيره .قال ابن قدامة :" .. لأنه بنى فيما استحق غيره أخذه فأشبه الغاصب " (٢)

الوجه الثاني : القياس على المشتري إذا ظهر المبيع مستحقا للغير بجامع أن كلا منهما بنى في ملك غيره بغيره إذنه .

جاء في المغني :" ولأنه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبه ما لو بانت متسحقة " (٣)

قال الكاساني :" إن حق الشفيع كان متعلقا بالأرض قبل البناء ولم يبطل ذلك بالبناء بل بقي فإذا قضى له بالشفعة فقد صار ذلك الحق ملكا له

---

(١) بداية المجتهد ٢ / ٢١٣ .

(٢) المغني ٥ / ١٩٩

(٣) المغني ٥ / ١٩٩

فيؤمر بتسليم ملكه إليه ولا يمكنه التسليم إلا بالنقض فيؤمر بالنقض ولهذا أمر الغاصب والمشتري عند الاستحقاق بالنقض كذا هذا " (١)

[ب] أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن الشفيع مخير بين ترك الشفعة أو الأخذ بها ما دفع قيمة ما أحدثه المشتري وهو قائم بما يلي :

أولا ــ من السنة : قوله صلى الله عليه وسلم :" لا ضرر ولا ضرار " وفي إجبار المشتري على قلع ما أحدثه في المشفوع فيه ضرر والشريعة تعمل على رفعه عن المكلفين ما أمكن .

ثانيا المعقول من وجوه :

الوجه الأول : إن في الجبر على النقض ضررا بالمشتري وهو إبطال تصرفه في ملكه

الوجه الثاني : في القول بتخيير الشفيع بين ترك الشفعة أو أخذ الزيادة بقيمتها قائمة مراعاة لكلا الجانبين : أما جانب المشتري فظاهر لأن فيه صيانة حقه عن الإبطال

وأما جانب الشفيع فلأنه يأخذ البناء بقيمته وأخذ الشيء بقيمته لا ضرر فيه على أحد . (٢)

الوجه الثالث : إن المشتري بنى في ملكه الذي تملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الإضرار كما لو لم يكن مشفوعا . (٣)

---

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٣٠ .

(٢) البدائع ٥ / ٢٩ .

(٣) المغني ٥ / ١٩٨

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بأن الشفيع مخيــر بين أن يأخذ المشفوع فيه مع الزيادة بقيمتها قائمة وبين أن يترك الأخــذ بالشفعة وذلك لكونه أعدل الآراء لما فيه من رفع الضرر عن الطــرفين كليهما أما المشتري فإنه سيأخذ قيمة ما أحدثه في المشفوع فيه .

وأما الشفيع فإنه سيأخذ بالشفعة ويرفع الضرر عن نفسه وبذلك لا يتحقق الضرر ولا الضرار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لذا كان هذا الرأي هو الأولى بالقبول . والله أعلم .

المطلب الخامس : صيغة الشفعة وإجراءات الأخذ بها

إن الأخذ بالشفعة يحصل بكل لفظ يدل على الرغبة فيها بأن يقول : قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك إذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يشترط صيغة معينة لطلب الأخذ بالشفعة ومن ثم فكل طلب يشعر برغبة الشفيع في الأخذ يعتد بها وهذا ما ذهب إليه جمهور المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة .

أما الحنفية فقالوا إن طلب الشفعة ثلاثة أنواع :

١ ــ طلب مواثبة

٢ ــ طلب تقرير

٣ ــ طلب خصومة

أولا ــ طلب المواثبة :

وهو أن يطلب الشفيع شفعته في المبيع عقب علمه بالبيع والمبيع والمشتري والثمن فورا .

ويترتب على ذلك أمران :

الأمر الأول : أن يكون الطلب عقب علمه بالأمور السابقة . سواء كان علمه بطريق بها بطريق الحضور والمشاهدة أو بطريق الإخبار الصحيح عن غيره .

فإذا علم بهذه الأمور ثم سكت عن طلب الشفعة فإن سكوته ههنا يعد مسقطا لحقه ، أما إذا كان كوته مبنيا على معلومات وبيانات كاذبة

فإن حقه في الشفعة لا يسقط بذلك السكوت ويكون من حقه أن يطلبها عند ظهور الحقيقة الصادقة . (١)

جاء في البدائع :" أما طلب المواثبة فوقته وقت علم الشفيع بـــالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته لأنه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قـــد يحصـــل بسماعه بالبيع بنفسه وقد يحصل بإخبار غيره لكن هل يشترط فيـــه العدد والعدالة ؟

اختلف أصحابنا رحمهم الله فيه :

فقال أبو حنيفة رضي الله عنه : يشترط أحد هذين إما العـــدد فـــي المخبر رجلان أو رجل وامرأتان وإما العدالة

وقال أبو يوسف ومحمد : لا يشترط فيه العدد ولا العدالة " (٢)

الأمر الثاني : أن يكون طلب المواثبة فور العلم وبناء على هذا فقـــد اختلف الفقهاء في صفة طلب الأخذ بالشفعة هل هو على الفـــور أو على التراخي على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الحنفية والشافعية في الأظهـــر والحنابلـــة فـــي الصحيح عندهم إلى أن الشفعة تثبت على الفور.

قال الكاساني :" .. لو أخبره واحد بالشفعة عدلا كان أو فاسقا حـــرا أو عبدا مأذونا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى فسكت ولم يطلب على

---

(١) د/ محمود العكازي ، السابق ، ص ٤٣ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٧

فور الخبر على رواية الأصل أو لم يطلب في المجلس على رواية محمد بطلت شفعته عندهما إذا ظهر كون الخبر صدقا " (١)

وقال جلال الدين المحلي فيشرحه على المنهاج :" والأظهر أن الشـفعة على الفور " (٢)

وقال ابن قدامة :" الصحيح في المذهب أن حق الشفعة علـى الفـور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع وإلا بطلت نص عليه أحمد في روايـة أبـي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شـبرمة والبتـي والأوزاعي وأبي حنيفة " (٣)

الرأي الثاني : ذهب المالكية والشافعية في مقابل الأظهر ورواية للحنابلة والزيدية إلى أن الشفعة تثبت على التراخي ولكنهم اختلفوا فيما بينهم هل لها وقت محدود أولا ؟ على أقوال :

الأول : فروي عن مالك أن وقتها غير محدود وأنها لا تنقطع أبدا إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت وهذا قول أيضا عند الشافعية ذكره النووي بقوله : الرابع : تمتد إلى التصريح باسقاطها وهو قول للإمام أحمد . (٤)

الثاني : وروي عن مالك أيضا أن لها وقتا محددا فروي عنـه السـنة وهـو الأشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه إن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة .

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٧. (٢) جلال الدين المحلي على المنهاج ٣ / ٥٠ .

(٣) المغني ج: ٥ ص: ١٨٦

(٤) بداية المجتهد ٢ / ٢١٢ ، روضة الطالبين ٥ / ١٠٧ ، السيل الجرار ٣ / ١٧٥ .

الثالـــث : روي عن الشافعي أنها تمتد إلى ثلاثة أيام وهو مروي عن ابن أبي ليلى والثوري .

الرابع : روي عنه أيضا أنها تمتد مدة تتسع لتأمل المصـــلحة فـــــــي الأخذ .(١)

[الأدلــــــــــــــــــــــــــة]

[أ] أدلـــة الرأي الأولـــــــ : استدل القائلون بأن حق الأخذ بالشفعة يثبت على الفور بما يلي :

أولا ــ من السنة بالآتي :

١ ــ ما روى ابن السلماني عن أبيه عن عمر قال رسول الله صـــلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال وفي رواية أنه قـــال :" الشـــفعة كنشطة العقال إن قيدت وإن تركت فاللوم على مـــن تركهـــا " (٢) ومن ثم فهذا الحديث يدل دلالة ظاهرة جلية على أن طلب الشـــفعة يكون على الفور لأن حل العقال لا يستغرق إلا جزءا ضئيلا مـــن الزمن وهذا يدل على أنها على الفور.

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم الاستدلال بهذا الحديث لأنه حـــديث ضعيف لا تقوم به حجة ومن ثم فهو لا ينهض في الدلالـــة علـــى المطلوب وهو كون الشفعة على الفور.

قال الشوكاني بعد أن ذكر هذا الحديث :" وفي إسناده محمد بن عبد

---

(١) بداية المجتهد ٢ / ٢١٢ ، روضة الطالبين ٥ / ١٠٧ ، المغني ٥ /١٨٦ .

(٢) مصبح الزجاجة ٣ /٩١ ، سنن البيهقي ٦ /١٠٨ ، ابن ماجة ٢ /٨٣٥

الرحمن بن البيلماني وله مناكير كثيرة وقال الحافظ : إن إسناده ضعيف جدا وضعفه ابن عدي وقال ابن حبان : لا أصل له وقال أبو زرعة : منكر ، وقال البيهقي : ليس بثابت ، وروى هذا الحديث ابن حزم عن ابن عمر أيضا بلفظ الشفعة كحل العقال فإن قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه وذكره عبد الحق في الأحكام عنه وتعقبه ابن القطان بأنه لم يروه في المحلى ولعله في غير المحلى " (١)

٢ ــ ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :" الشفعة لمن واثبها " (٢) وهذا الحديث يدل أيضا أن طلب الشفعة إنما يكون على الفور فإن لم يطلبها الشفيع على الفور بطلت .

مناقشة هذا الاستدلال : هذا الحديث لا تقوم به حجة ومن ثم فمثله لا ينهض في الدلالة على المطلوب .

قال الشوكاني في السيل الجرار:" وأما الاستشهاد له بحديث:الشفعة لمن واثبها" فهذا إنما رواه من لا معرفة له بعلم الرواية من الفقهاء كأبي الطيب الطبري وابن الصباغ صاحب الشامل في الفقه والماوردي وهؤلاء ليس من رجال الرواية ولا يرجع إلى مثلهم في ذلك فليس هذا بحديث لا صحيح ولا حسن ولا ضعيف ولا هو في

---

(١) نيل الأوطار ج: ٦ ص: ٨٧ ، الدراري المضية ج: ١ ص: ٣١٨

(٢) نيل الأوطار ٦ : ٨٧ ، مصنف عبد الرازق ٨ / ٨٣ .

كتاب حدثني فمن اغتر به وزعم أنه يشهد للحديث الأول ويفيد أن لهما أصلا في الجملة فقد أخطأ فإن الحديث الأول منكر غير ثابت وإن أخرجه ابن ماجه ففي كتابه السنن الكثير من أمثاله وأما الآخر فليس بحديث " (١)

ثانيا ــ القياس على خيار الرد بالعيب : بجامع أن كلا منهما خيار ثبت لدفع الضرر عن المال فكان ثبوته على الفور .

قال ابن قدامة :" .. لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب " (٢)

ثالثا ــ المعقول : إن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشفيع ولهذا كان له أن يطلبها على الفور فإن أثبتناها له على التراخي كان في ذلك إضرار بالمشتري لأن ملكه لم يستقر وبهذا نكون قد رفعنا الضرر عن الشفيع وأدخلناه على المشتري .

جاء في المغني :" .. ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على البيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها " (٣)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن تأخير الأخذ بالشفعة يترتب عليه

---

(١) السيل الجرار ج: ٣ ص: ١٧٦ ، نيل الأوطار ج: ٦ ص: ٨٧

(٢) المغني ج: ٥ ص: ١٨٧

(٣) المغني ج: ٥ ص: ١٨٧

الإضرار بالمشتري لأنه سيأخذ ما دفعه ثمنا للعقار كما أن الشفيع لا بد له من مدة يتروى فيها ليرى هل مصلحته في الأخذ فيأخذ أو في الترك فيترك وهذا لا يكون على الفور .

[ب] أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن حق الشفعة يثبت على التراخي بما يلي :

أولا ــ الاستدلال على أنها مؤقتة بثلاثة أيام .

وذلك بالقياس على خيار الشرط فكما أن المدة في خيار الشرط محددة بثلاثة أيام فكذا طلب الأخذ بالشفعة يكون محددا بهذه المدة . (١)

مناقشة هذا الاستدلال : إن تحديد مدة طلب الشفعة بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه كما قال ابن قدامة ومن ثم فيكون غير مقبول . (٢)

ثانيا ــ الاستدلال على التأقيت بسنة أو ستة أشهر أو في مدة يعلم أنها تارك لها بما يلي .

١ ــ القياس على حق القصاص : بجامع أن كلا منهما لا يسقط بالتأخير ولا يترتب عليه

٢ ــ إن هذا التأخير لا يترتب عليه إضرار بالمشتري لأنه سيأخذ ما دفعه

جاء في المغني :" لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته " (٣)

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٨٧

(٢) ، (٣) المغني ج: ٥ ص: ١٨٧

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم القياس على حق القصاص لأنه قياس مع الفارق فيكون باطلا .

وبيان الفرق : أن حق القصاص يتعلق بالنفس أما حق الشفعة فيتعلق بالمال ومن ثم فقياس أحدهما على الآخر غير سديد .

كما أن التقدير بالسنة أو بالستة أشهر تقدير لا دليل عليه فيكون غير مقبول والقول بانتفاء الضرر عن المشتري في مثل هذه المدة قول تعوزه الدقة .

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه القائلون بأن طلب الشفعة يثبت على التراخي لكن هذا التراخي ليس محددا بمدة بعينها وإنما يترك الشفيع مدة ليتأمل المصلحة في هذا الأمر حسب ما يقتضيه عرف الناس في هذا الصدد وهذا الرأي هو ما ذكره الإمام النووي قولا للإمام الشافعي حيث قال : وروي عنه أيضا أنها تمتد مدة تتسع لتأمل المصلحة في الأخذ.

لا سيما وأن الأحاديث الواردة في كون الشفعة على الفور أحاديث ضعيفة لا تقوم بها حجة وضعفها علماء الحديث وبالتالي فيكون التقدير بمدة معينة تحكم وقول لا دليل عليه .

وحيث كان الأمر كذلك فإننا نحتكم إلى عرف الناس وطبائعهم وما يحتاجون إلى من تفكير وتروي في هذا الصدد لذا فإنني أرى أن تقدير هذه المدة يرجع فيه إلى ولي الأمر أو القاضي ليحكم بمدة للشفيع

ليرى مصلحته إن كانت في الأخذ أخذ وإلا ترك وذلك حسب أعراف الناس وبيئاتهم وطبائعهم ومدى ثقافتهم ونحو ذلك كل هذه الأمور يراعيها القاضي في هذا الصدد مع ملاحظة أن هذه المدة التي يضربها القاضي من الممكن أن تختلف باختلاف أحوال الناس ومدى وعيهم وثقافتهم بأحوال مجتمعهم ومن فهذه المسألة من الأمور التي يمكن ترك تقديرها للقاضي . والله أعلم .

ثانيا ــ طلب التقرير :

هو أن يطلب الشفيع الشفعة عقب طلب الواثبة من البائع إن كـــان العقار في يده أو من المشتري أو عند العقار

والمقصود منه تأكيد رغبة الشفيع في أخذ الشفعة التـــي أبـــداها بطلـــب المواثبة ، لأن حق الشفعة حق ضعيف لا يحتمل أي تأخير حيـــث إنهـــا شرعت على خلاف الأصل لذلك وجب على الشفيع أن يطلبها فور علمه بالبيع طلب مواثبة ثم يؤكده بطلب التقرير عقب طلب المواثبة فورا (١)

قال الكاساني :" أما طلب التقرير فشرطه أن يكون على فـــور الطلب الأول والإشهاد عليه فإذا طلب على المواثبة وأشهد على فـــوره ذلك شخصا إلى حيث البائع أو المشتري أو الدار إذا كان قـــادرا عليـــه وتفصيل الكلام فيه أن المبيع إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد المشتري فإن كان في يد البائع فالشفيع بالخيار إن شاء طلب مـــن البائع وإن شاء طلب من المشتري وإن شاء طلب عند الدار أما الطلـــب من البائع والمشتري فلأن كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشـــتري بالملك فكان كل واحد منهما خصما فصح الطلب من كل واحد منهما وأما الطلب عند الدار فلأن الحق متعلق بها " (٢)

ويترتب على فورية طلب التقرير الأمور التالية :

---

(١) د/ العكازي ، السابق ، ص ٤٦ .

(٢) البدائع ٥ / ١٨

١ ــ إذا مضت مدة عقب طلب المواثبة كان بإمكان الشفيع أن يصل فيها إلى أحد المتعاقدين أو إلى العقار ولم يفعل سقط حقه في الشفعة.

٢ ــ إذا كان أحد الثلاثة ــ البائع ، والمشتري ، والعقار ــ في الجهة التي بها الشفيع والآخران في بلد آخر فذهب الشفيع لطلب الشفعة أمام واحد منهما وترك طلبها أمام الذي في بلده سقط حقه في الشفعة لعدم الطلب على الفور إذا كان يمكنه ذلك بالطلب أمام من في بلده .

٣ ــ إذا كان المتعاقدان في مكان بعيد عن العقاروبلغ الشفيع خبر البيع أمام العقار فلم يطلبه أمامه وذهب إليهما لكب الشفعة سقط حقه فيها لعدم الفورية

٤ ــ إذا لقي الشفيع المشتري عند ذهابه لطلب الشفعة في مكان بعيد عن العقار فلم يطلبها منه عند لقائهما اكتفاءا بطلبها عند العقاربطلت شفعته لعدم الفورية

وتجدر الملاحظة أن شفعة الشفيع تسقط في الصور سالفة الذكر لعدم الفورية في الطب إذا لك يوجد مانع يمنعه من الطلب فإن كان ثم مانع يمنعه من الطلب على الفور فلا تسقط شفعته . (١)

---

(١) د/ العكازي ، السابق ، ص ٤٦ / ٤٧ .

ومما تجدر ملاحظته أيضا في هذا الصدد أن سقوط الشفعة في الصور سالفة الذكر إنما كان تفريعا على القول بأن الشفعة يجب طلبها على الفور أما وفقا للاتجاه الذي يرى أنها تثبت على التراخي فلا تسقط في الصور السابقة .(١)

صيغة طلب التقرير :

أن يقول الشفيع إن فلانا قد اشترى هذه الدار أو هذه الأرض وأنا شفيعها وكنت طلبت فيه الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . (٢)

قال الكاساني :" وأما بيان كيفية الطلب فقد اختلف فيه عبارات المشايخ عن محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله أن الشفيع يقول : طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها .

وعن محمد بن سلمة رضي الله عنه أنه كان يقول : طلبت الشفعة فحسب وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنه لا يراعى فيه ألفاظ الطلب بل لو أتى بلفظ يدل على الطلب أي لفظ كان يكفي نحو أن يقول :

---

(١) جاء في البدائع :" ولو لم يطلب من المشتري ولا عند الدار وشخص إلى البائع للطلب منه والإشهاد بطلت شفعته لوجود دليل الإعراض وفي الحقيقة لوجود دليل الرضا ولو تعاقد البائع والمشتري في غير الموضع الذي فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه لأن الشفيع إذا كان بجنب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطب عندها والإشهاد فإن لم يطلب عندها وشخص إلى العاقدين بطلت شفعته لوجود الإعراض عن الطلب هذا إذا كان قادرا على الطلب من المشتري أو البائع أو عند الدار فأما إذا كان هناك حائل بأن كان بينهما نهر مجوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع لا تبطل شفعته بترك المواثبة إلى أن يزول الحائل " البدائع ٥ / ١٨

(١) د/ العكازي ، السابق ، ص ٤٧ .

ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب وهو الصحيح لأن الحاجة إلى الطلب ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه سواء كان بلفظ الطالب أو بغيره " (١)

حكم الإشهاد على الطلب :

وأما الإشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته كما ليس بشرط لصحة طلب المواثبة وإنما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار كما في الطلب الأول وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب والإشهاد في ظاهر الرواية

وروي عن أبي يوسف أنه شرط لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم والعقار لا يصير معلوما إلا بالتحديد فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه "(٢)

هل يغني طلب التقرير عن طلب المواثبة ؟

إذا كان الشفيع حاضرا مجلس العقد أو بلغه خبر البيع وكان موجودا مع المشتري أو البائع أو أمام العقار فإنه إن طلب الشفعة حينئذ بحضرة شهود فإن هذا الطلب ــ طلب التقرير ــ يغني عن طلب المواثبة . (٣)

ثالثا ــ طلب الخصومة والتملك :

وهو أن يطلب الشفيع الشفعة أمام القاضي إذا امتنع المشتري أن يسلم

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ١٨

(٢) بدائع الصنائع ج: ٥ ص:١٨ / ١٩

(٣) د/ العكازي ، السابق ، ص ٤٨

العقار إلى الشفيع بعد قيامه بطلبي المواثبة والتقرير وهذا الطلب يكـــون في صورة دعوى يدعيها الشفيع على المشتري يطلب فيها الحكم بالشفعة وتسليم المبيع بأن يقول : اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بدار كذا لـــي أو أنا شريكه فيها فأطلب منه تسليم الدار لي .(١)

وقت طلب الخصومة :

اختلف الفقهاء في وقت طلب الخصومة أمام القضـــاء للمطالبـــة بالأخذ بالشفعة على ثلاثة آراء :

* فذهب البعض إلى أن هذا الطب لا يتقيد بوقت معـــين معـــين وإنمـــا الشفيع له الحق في رفعه متى شاء ما دام أنه قد تقدم بطلبـــي المواثبـــة والتقرير لأن حق الشفعة قد استقر بهما فلا يسقط إلا بالإسقاط .

* ويرى البعض أنه يجب الطلب في أول مجلس للقضاء بعـــد رفـــض المشتري تسليم الشيء المشفوع فيه فإذا لم يتقدم بهذا الطلب كـــان هـــذا دليلا على إعراضه عنها .

* ويرى فريق ثالث أنه يجب رفع طلب الخصومة والتملك خلال شـــهر من طلب التقرير فإذا لم يفعل ذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة .(٢)

جزاء التأخر في رفع الطلبات سالفة الذكر .

لو أخر الشفيع طلب المواثبة عن مجلس علمه بالبيع بدون عذر كأن

---

(١) الدر المختار ٥ / ١٥٨ وما بعدها ، الفقه الإسلامي ، السابق ٦ /٤٩٢٧ .

(٢) د/ العكازي ، السابق ، ص :٤٩ .

اشتغل بأمر آخر ، أو بحث في أمر آخر ، أو قام من المجلس دون أن يطلب الشفعة سقط حقه فيها ، فإن وجد عذر مانع من المبادرة بالطلب كوجود حائل مخيف من وحش أو سيل أو عدو لا تبطل شفعته حتى يزول المانع .

ولو أخر الشفيع طلب التقرير والإشهاد مدة يمكن إجراؤها فيها ولو بإرسال كتاب يطلب فيه الحق بالشفعة سقطت شفعته .

وكذلك لو أخر طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد دون عذر شرعي فإن حقه في طلب الشفعة يسقط أيضا .(١)

نظر القاضي دعوى الشفعة

إذا تقدم الشفيع بطلب المخاصمة إلى القاضي لأن المشتري لم يسلم إليه المشفوع فيه بناءا على طلبي المواثبة والتقريرفإن القاضي عليه أن ينظر هذه الدعوى مراعيا الأمور التالية :

١ ــ عليه أن يسأل الشفيع عن موضع الدار وحدودها وهل لدعواه فيها حقا أو لا ؟ وهل استلم المشتري الدار أو لا ؟ لأنه لو لم يستلم المشتري لم تصح دعواه عليه ما لم يحضر البائع .

٢ ــ يسأل القاضي عن سبب الشفعة وحدود ما يشفع به ليرى هل هو شريك في ذات المبيع أو في حق من حقوقه أو جار ونحو ذلك من الأمور لأن دعواه قد تكون غير صحيحة بناء على أن سبب الأخذ بالشفعة ليس صحيحا

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ، السابق ٦ / ٤٩٢٧ .

٣ ــ يسأل القاضي عن طلبي المواثبة والتقرير كيف كانا وعند من أشهد فإذا تحققت هذه الأمر صحت الدعوى .

٤ ــ ثم يسأل القاضي المدعى عليه ــ المشتري ــ عن ملكية الشفيع لما يشفع به فإن أقر بالملكية لما يشفع بها فلا كلام ، وإن أنكر ملكيته طلب القاضي من الشفيع البينة على ملكيته لما يستحق به الشفعة من عقود ومستندات تثبت ملكيته لما يشفع به أو شهادة الشهود ونحو ذلك من وسائل الإثبات لأن ظاهر اليد أو الحيازة لا يكفي لإثبات الدعوى ، فإن عجز عن إحضار البينة فإن القاضي يستحلف المشتري بناءا على طلب الشفيع أنه لا يعلم أنه مالك لما يشفع به ، فإن نكل المشتري عن اليمين أو قامت بينة للشفيع ثبت ملكه فيما يشفع به وبالتالي ثبت حقه في الأخذ بالشفعة .

٥ ــ ثم يسأل القاضي المدعى عليه أيضا ــ المشتري ــ هل اشترى الشيء المشفوع فيه أو لا ؟ فإن أقر فالأمر ظاهر وإن أنكر شراءه للشيء المشفوع فيه طولب الشفيع بإقامة البينة على شرائه لما يدعيه عليه لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيع بالحجة ، فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله أنه ما اشترى هذه الدار وأن الشفيع لا يستحق عليه في هذه الدار شفعة ، فإن نكل المشتري عن اليمين أو اقر بالشراء أو اقام الشفيع بينة على دعواه وهي شراء المشتري للشيء المشفوع فيه ثبت حقه فيه الشفعة وقضى له بها .(١)

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ، السابق ٦ / ٤٩٢٩ وما بعدها .

المبحث الرابع : الحيل وأثرها في إسقاط الشفعة

الحيل جمع حيلة والحيلة الحذق وجودة النظر والقدرة علـــى التصـــرف وهي ما يتوصل بها إلى مقصود بطريق خفي .(١)

والمراد بها هنا : أن يظهر البائع والمشتري في البيـــع شـــيئا لا يؤخـــذ بالشفعة معه ويتواطئان في الباطن على خلافه . (٢)

---

(١) لسان العرب ٢ /١٠٧٣ .

(٢) المغني ٥ / ٢٠٣

أقسام الحيل : الحيل أقسام أحدها : الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى ما هو محرم فـــي نفســـه فمتى كان المقصود بها محرما في نفسه فهي حرام باتفاق المسلمين وصاحبها فاجر ظـــالم آثـــم وذلك كالتحيل على هلاك النفوس وأخذ الأموال المعصومة وفساد ذات البين .. وهذا النوع من الحيل ينقسم قسمين : **أحدهما** : ما يظهر فيه أن مقصود صاحبه الشر والظلم كحيل اللصـــوص والظلمة والخونة **والثاني** : ما لا يظهر ذلك فيه بل يظهر المحتال أن قصده الخيـــر ومقصـــوده الظلم والبغي مثل إقرار المريض لوارث لا شيء له عنده قصدا لتخصيصه بالمقر به أو إقـــراره بوارث وهو غير وارث إضرارا بالورثة وهذا حرام باتفاق الأمة وتعليمـــه لمـــن يفعلـــه حـــرام والشهادة عليه حرام إذا علم الشاهد صورة الحال والحكم بموجب ذلك حكم باطل حرام يـــأثم بـــه الحاكم باتفاق المسلمين

القسم الثالث : ما هو مباح في نفسه لكن بقصد المحرم صار حراما كالسفر لقطع الطريق ونحو ذلك فههنا المقصود حرام والوسيلة في نفسها غير محرمة لكن لما توسل بها إلى الحرام صارت حراما

القسم الرابع : أن يقصد بالحيلة أخذ حق أو دفع باطل لكن تكون الطريق إلـــى حصـــول ذلـــك محرمة مثل أن يكون له على رجل حق فيجحده فيقيم شاهدين لا يعرفان غريمه ولم يرياه يشهدان له بما ادعاه فهذا محرم أيضا وهو عندالله تعالى عظيم لأن الشاهدين يشهدان بـــالزور وشـــهادة الزور من الكبائر وقد حملهما على ذلك

القسم الخامس : من الحيل أن يقصد حل ما حرمه الشارع أو سقوط ما أوجبه بأن يأتي بسبب نصبه الشارع سببا إلى أمر مباح مقصود فيجعله المحتال المخادع سببا إلى أمر محرم مقصود=

والحيل التي يمكن اسقاط الشفعة من خلالها نوعان : نوع يعم كل الشركاء ، ونوع يخص البعض دون البعض الآخر .

النوع الأول : الذي يخص كل الشركاء .

ومن أمثلته هذا النوع أن يشتري الدار بأكثر من قيمتها بأن تكون قيمتها ألفا فيشتريها بألفين مثلا ويدفع إلى البائع ألفا إلا عشرة ثم يبيع المشتري إلى البائع عرضا قيمته عشرة بألف وعشرة فتحصل الدار للمشتري لا يأخذها الشفيع إلا بألفين . فهذه الحيلة ليست مسقطة للشفعة شرعا ولكنها مانعة من الأخذ لأن الشفيع لن يأخذ بألفين ما قيمته ألف واحدة . قال الكاساني :" .. فقد ذكروا لإسقاط الشفعة حيلا بعضها يعم الشفعاء كلهم وبعضها يخص البعض دون البعض أما الذي يعم كل الشفعاء فنحو أن يشتري الدار بأكثر من قيمتها بأن كانت قيمتها ألفا فيشتريها بألفين وينقد من الثمن ألفا إلا عشرة ثم يبيع المشتري من البائع عرضا قيمته عشرة بألف درهم وعشرة فتحصل الدار للمشتري بألف لا يأخذها الشفيع إلا بألفين وهذه الحيلة ليست بمسقطة للشفعة شرعا لكنها مانعة من الأخذ بالشفعة عادة ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها بألفين ويلتزم الضرر" (١)

= اجتنابه فهذه هي الحيل المحرمة التي ذمها السلف وحرموا فعلها وتعليمها وهذا حرام من جهتين من جهة غايته ومن جهة سببه أما غايته فإن المقصود به إباحة ما حرمه الله ورسوله وإسقاط ما أوجبه وأما من جهة سببه فإنه اتخذ آيات الله هزوا وقصد بالسبب ما لم يشرع لأجله ولا قصده به الشارع بل قصد ضده فقد ضاد الشارع في الغاية والحكمة والسبب جميعا . إغاثة اللهفان ج: ٢ ص: ٧٢ / ٨٠

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٣٤

النوع الثاني : الذي يخص بعض الشركاء دون البعض الآخر.

وهذا النوع من أمثلته :

١ ــ أن يبيع دارا إلا ذراعا منها في طول الحد الذي يلـــي دار الشـــفيع فالشفيع لا يستحق الشفعة أما في قدر الذراع فلانعدام الشرط وهـــو البيع وأما فيما وراء ذلك فلانعدام السبب وهو الجوار

٢ ــ أن يهب البائع الحائط الذي بينه وبين الجار مع أصـــله للمشـــتري مقسوما ويسلمه إليه أو يهب له من الأرض قدر ذراع من الجانـــب الذي يلي دار الشفيع ويسلمه إليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة للجار لا في الموهوب ولا في المبيع

أما في الموهوب فلانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع وأما فـــي المبيع فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار

٣ ــ أن يبيع الدار نصفين فيبيع الحائط بأصله أولا بثمن كثير ثم يبيـــع بقية الدار بثمن قليل فلا شفعة للشفيع شـــرعا فيمـــا وراء الحـــائط لانعدام السبب وهو الجوار ولا يأخذ الحائط عادة لكثرة الثمن .

٤ ــ أن يبيع الدار والأرض في صفقتين فيبيع من الـــدار بناهـــا ومـــن الأرض أشجارها أولا بثمن قليل ثم يبيع الأرض بثمن كثيـــر فـــل شفعة للشفيع في البناء والشجر شرعا لانفرادهما بالصفقة ولا يأخذ الأرض بذلك الثمن عادة ليضمن تكثير الثمن

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٣٤

٥ ــ ومنها أن يبيع الدار نصفين فيبيع عشرا منها بثمن كثير ثــم يبيــع البقية بثمن قليل فلا يأخذ الشفيع العشر بثمنه عادة لمــا فيــه مــن الضرر ولا شفعة له في تسعة أعشارها شرعا لأنه حــين اشــترى البقية كان شريك البائع بالعشر والشريك في البقعة مقدم على الجار والخليط وهذا النوع من الحيلة لا يصلح للشريك لأن الشفيع إذا كان شريكا له أن يأخذ نصف البقعة بقليل الثمن أيضا ولو كانت الــدار لصغير فلا تباع بقية الدار بقليل الثمن لأنه لا يجوز إذ هو بيع مال الصغير بأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس في مثله عادة والولي لا يملك ذلك فالسبيل فيه أن تباع بقية الدار بثمن مثله

٦ ــ ما ذكره الخصاف رحمه الله أن يقر البائع بسهم من الدار للمشتري ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق الشفيع الشفعة أما في القدر المقر به فلانعدام شرط الاستحقاق وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فــلأن المشتري صار شريك البائع في ذلك السهم والشريك في البقعة مقدم على الجار والخليط

قال الكاساني : ومن مشايخنا من كان يفتي بوجوب الشفعة في هذه الصورة ويخطيء الخصاف لأن الشركة في السهم المقر به لم تثبت إلا بإقراره فلا يظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم . (١)

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص:٣٤ / ٣٥

هل تسقط الشفعة بالحيل السابقة أو لا ؟

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء ــ فيما أعلم ــ في أنه متى وجدت صـــورة من الصور سالفة الذكر ولم تكن بقصد التحايل لإسقاط الشفعة فإن الشفعة تسقط بها ولا يستحق الشفيع الأخذ بالشفعة في هذه الحالة لعـــدم تـــوافر سبب الأخذ بها ، ولكن ما الحكم لو وجدت إحدى هذه الصـــور بطريـــق التعمد لإسقاط الشفعة وتفويت الحق على الشفيع حتى لا يطالب الأخذ بها هل تسقط بذلك الشفعة أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب المالكية والحنابلة إلى حرمة الاحتيال لإسقاط الشفعة قال ابن قدامة :" لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة وإن فعل لم تسقط قال أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وقد سألته عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال : لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم وبهذا قـــال أبـــو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني وقال عبد الله بـــن عمر : من يخدع الله يخدعه وقال أيوب السختياني : إنهم ليخادعون الله كمـــا يخدعون صبيا لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي." (١)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٢) والشافعية إلى كراهة الاحتيال لإسقاط

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ٢٠٣ ، حاشية الدسوقي ٢ /٢١٠ ، بلغة السالك ١ /٥٨٧ .

(٢) البدائع ٥ / ٣٥ . قال الكاساني : وأما الكلام في كراهة الحيلة للإسقاط وعدمها فالحيلة

الشفعة . قال الشربيني في مغني المحتاج :" .. وهذا من الحيل المسقطة للشفعة وهي مكروهة لما فيها من إبقاء الضرر لا في دفع شفعة الجـــار الذي يأخذ بها عند القائل بها " (١)

[الأدلـــــــــــــــــــــــــــــــــــــة]

[أ] أدلة الرأي الأولـــــــــــــــــــ : استدل القائلون بحرمة الاحتيال لإسقاط الشفعة بما يلي :

أولا ــ من الكتاب :

١ ــ قوله تعالى :" يخادعون الله والذين آمنوا وما يخادعون إلا أنفسهم وما يشعرون " (٢) والحيل مخادعة لــذا ذم الله عــز وجــل مــن يخدعونه والذم لا يكون إلا على فعل محرم فدل ذلك علـــى حرمـــة الاحتيال لإسقاط الشفعة .

٢ ــ قوله تعالى :" ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت فقلنـــا لهــم كونوا قردة خاسئين فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفهـــا لعلهـــم يتقون" (٣)

= = إما إن كانت بعد وجوب الشفعة وإما إن كانت قبل الوجوب فإن كانت بعد الوجوب قيل إنها مكروهة بلا خلاف وذلك بأن يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا كذا درهما علـــى أن تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفعته ولا يستحق بدل الصلح أو يقول له اشتر الدار مني بكذا فيقول اشتريت فتبطل شفعته ونحو ذلك وإن كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيـــه قـــال أبـــو يوسف رحمه الله لا تكره وقال محمد رحمه الله تكره " البدائع ٥ / ٣٥ .

(١) مغني المحتاج ج: ٢ ص: ٣٠٢ (٢) سورة البقرة ، آية : ( )

(٣) سورة القرة ، آية : ( )

وجه الدلالة :

قد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلتهم فإنه روي أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها إلى ليلة الأحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فمسخهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى :" فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين " البقرة قيل : يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، أي لتتعظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون . (١)

ثانيا ــ من السنة بما يلي : ــ

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ٢٠٤ .

* قال ابن القيم : وشواهد هذه القاعدة كثيرة جدا في الكتاب والسنة **فمنها** قوله تعالى في آية الرجعة ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وذلك نص في أن الرجعة إنما تثبت لمن قصد الصلاح دون الضرار فإذا قصد الضرار لم يملكه الله تعالى الرجعة **ومنها** قوله تعالى في آية الخلع ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وهذا دليل على أن الخلع المأذون فيه إنما هو إذا خاف الزوجان أن لا يقيما حدود الله وأن النكاح الثاني إنما يباح إذا ظنا أن يقيما حدود الله فإنه شرط في الخلع عدم خوف إقامة حدوده وشرط في العود ظن إقامة حدوده **ومنها** قوله تعالى في آية الفرائض من بعد وصية يوصى بها أودين غير مضار فإنه سبحانه وتعالى إنما قدم على الميراث وصية من لم يضار الورثة فإذا كانت الوصية وصية ضرار كانت حراما وكان للورثة إبطالها وحرم على الموصى له أخذ ذلك بدون رضا الورثة وأكد سبحانه وتعالى ذلك بقوله تلك حدود الله فلا تعتدوها وتأمل كيف ذكر سبحانه وتعالى الضرار في هذه

١ ـــ قول النبي صلى الله عليه وسلم من أدخل فرسا بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار وإن أمن أن يسبق فهو قمار " (١) فجعل إدخال الفرس المحلل قمارا في الموضع الذي يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جعلا مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيهما وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها (٢)

٢ ـــ بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل " (٣) فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الحيل لأنها يؤدي إلى ارتكاب الحرام .

٣ ـــ قول النبي صلى الله عليه وسلم :" لعن الله اليهود إن الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه " (٤) فقد دل هذا

= الآية دون التي قبلها لأن الأولى تضمنت ميراث العمودين والثانية تضمنت ميراث الأطراف من الزوجين والإخوة والعادة أن الميت قد يضار زوجته وإخوته ولا يكاد يضار والديه وولده والضرار نوعان جنف وإثم فإنه قد يقصد الضرار وهو الإثم وقد يضار من غير قصد وهو الجنف فمن أوصى بزيادة على الثلث فهو مضار قصد أو لم يقصد فللوارث رد هذه الوصية وإن أوصى بالثلث فما دون ولم يعلم أنه قصد الضرار وجب إمضاؤها .

(١) المستدرك على الصحيحين ٢ /١٢٥ ، سنن البيهقي الكبرى ١٠ / ٢٠ ، أبو داود ٣ /٣٠ .

(٢) المغني ٥ / ٢٠٤

(٣) حاشية ابن القيم ٩ / ٢٤٤ .

(٤) البخاري ٢ / ٧٧٩ .

الحديث على تحريم الحيل واتخاذها وإلا لما استحق اليعود اللعن بسبب ارتكابهم لهذه الحيل لأن اللعن لا يكون على ارتكاب مباح فدل على أن ارتكاب الحيل واتخاذها محرم لأنه يؤدي إلى استحقاق اللعنة من الله ورسوله .

٤ ــ قول النبي صلى الله عليه وسلم :" لا ضرر ولا ضرار " (١) فقد دل هذا الحديث على حرمة الضرر والضرار ولاحتيال لإسقاط الشفعة يؤدي إلى الإضرار بالشفيع لا ريب فكان محرما .

ثالثا ــ المعقول من وجهين :

الوجه الأول : إن الشفعة شرعت لرفع الضرر وفي الاحتيال لاسقاط شفعة الشفيع إضرار به فيكون محرما ولا يسقط بذلك حق الشفيع في الأخذ بالشفعة .

قال ابن قدامة :" ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري بالبيع والوقف "(٢)

الوجه الثاني : إن المقاصد والنيات معتبرة في التصرفات والعادات كما هي معتبرة في القربات والعبادات

قال ابن القيم :" ولا ريب أن من تدبر القرآن والسنة ومقاصد الشارع

---

(١) سنن البيهقي الكبرى ٦ / ٦٩ .

(٢) المغني ٥ / ٢٠٥ .

جزم بتحريم الحيل وبطلانها فإن القرآن دل على أن المقاصد والنيات معتبرة في التصرف والعادات كما هي معتبرة في القربات والعبادات فيجعل الفعل حلالا أو حراما وصحيحا أو فاسدا وصحيحا من وجه فاسدا من وجه كما أن القصد والنية في العبادات تجعلها كذلك . " (١)

[ب] أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بجواز الاحتيال لإسقاط الشفعة بما يلي :

أولا ــ من الكتاب بالآتي :

١ ــ قوله تعالى :" إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا " (٢)

ووجه الاستدلال ــ كما قال ابن القيم ــ أنه سبحانه وتعالى إنما عذرهم بتخلفهم وعجزهم إذ لم يستطيعوا حيلة يتخلصون بها من المقام بين أظهر الكفار وهو حرام فعلم أن الحيلة التي تخلص من الحرام مستحبة مأذون فيها وعامة الحيل التي تنكرونها علينا هي من هذا الباب فإنها حيل تخلص من الحرام ولهذا سمى بعض من صنف في ذلك كتابه المخارج الحرام والتخلص من الآثام ." (٣)

---

(١) إغاثة اللهفان ج: ١ ص: ٣٧٧ (٢) سورة النساء ، آية : ( ) (٣) إغاثة اللهفان ١ / ٣٧٩

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم الاستدلال بهذه الآية علـــى جـــواز الاحتيال لإسقاط الشفعة وإنما غاية ما تفيده الآية هو الاحتيال على الكفار للوصول إلى ما يريده المسلم وهو الهجرة إلى دار الإســـلام عندما يكون المسلم مستضعفا ولا يستطيع إقامة شعائر الإسلام على النحو الذي شرعه الله ، بخلاف مسألتنا فالاحتيال لإسقاط حق مسلم بغير حق فيكون غير مشروع .

٢ ــ قوله تعالى :" فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية في رحل أخيه ثم أذن مؤذن أيتها العير إنكم لسارقون ــ إلى قولـــه ــ كـــذلك كـــدنا ليوسف ما كان ليأخذ أخاه في دين الملـــك إلا أن يشـــاء الله نرفـــع درجات من نشاء وفوق كل ذي علم عليم " (١)

وجه الدلالة : دلت هذه الآية على أن سيدنا يوسف عليه الســـلام احتـــال ليأخذ أخاه بيامين وذلك بأن وضع صواع الملك في رحله ليمكن من أخذه كما ذكرت الآيات فدل ذلك على مشروعية الحيلة .

مناقشة هذا الاستدلال : هذه الآية لا تفيد مشروعية الاحتيـــال لإســـقاط الشفعة وإنما تفيد الاحتيال إلى الوصول للحق بما لا يـــؤدي إلـــى ضياع حقوق الآخرين بخلاف مسألتنا .

٣ ــ قوله تعالى :" ومن يتق الله يجعل له مخرجـــا " (٢) وفـــي اتخـــاذ الحيلة لإسقاط الشفعة مخرج فيكون مشروعا عملا بهذه الآية .

---

(١) سورة يوسف ، الآيات :(من ٧٠ إلى ٧٦) (٢) سورة الطلاق ، آية : (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم الاستدلال بهذه الآية علـــى جـــواز الاحتيال لإسقاط الشفعة لأن المخرج الذي يسلكه المسلم يجـــب ألا يترتب عليه إضرار بالآخرين أو ضياع لحق المســـلم دون ســـبب مشروع وهذا خلاف ما تفيده الآية .

٤ ـــ قوله تعالى :" وخذ بيدك ضغثا فاضرب ولا تحنث إنا وجدناه صبرا نعم العبد إنه أواب " (١) فقد أمر الحق سبحانه وتعالى أيوب عليه السلام أن يأخذ ضغثا يضرب به امرأته وبذلك لا يحنث في يمينـــه بهذه الحيلة ومن ثم فهذا يدل على مشروعية الحيلة وجواز اتخاذها.

مناقشة هذا الاستدلال : قال ابن القيم :" وأما قصة أيوب فلها فقه دقيـــق فإن امرأته كانت لشدة حرصها على عافيته وخلاصـــه مـــن دائـــه تلتمس له الدواء بما تقدر عليه فلما لقيها الشيطان وقال مـــا قـــال أخبرت أيوب عليه السلام بذلك فقال إنه الشيطان ثم حلف لـــئن شفاه الله تعالى ليضربنها مائة سوط فكانت معذورة محسنة في شأنه ولم يكن في شرعهم كفارة فإنه لو كان في شرعهم كفارة لعدل إلى التكفير ولم يحتج إلى ضربها فكانت اليمين موجبة عندهم كالحدود وقد ثبت أن المحدود إذا كان معذورا خفف عنه بأن يجمع له مائـــة شمراخ أو مائة سوط فيضرب بها ضربة واحدة وامـــرأة أيـــوب كانت معذورة لم تعلم أن الذي خاطبها الشيطان وإنما قصـــــــدت

---

(١) سورة ص ، آية : ( )

الإحسان فلم تكن تستحق العقوبة فأفتى الله نبيه أيوب عليه السلام أن يعاملها معاملة المعذور هذا مع رفقها به وإحسانها إليه فجمع الله له بين البر في يمينه والرفق بامرأته المحسنة المعذورة التي لا تستحق العقوبة فظهر موافقة نص القرآن في قصة أيوب عليه السلام لنص السنة في شأن الضعيف الذي زنى فلا يتعدى بها عن محلها " (١)

ثانيا من السنة : ما رواه عن أبي أمامة بن سهل عن سعيد بن سعد بن عبادة قال كان بين أبياتنا رويجل ضعيف مخدج فلم يرع الحي إلا وهو على أمة من إمائهم يخبث بها قال فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله وكان ذلك الرجل مسلما فقال : اضربوه حده فقالوا : يا رسول الله إنه أضعف مما تحسب لو ضربناه مائة قتلناه فقال : خذوا له عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه به ضربة واحدة ففعلوا . (٢) فدل هذا الحديث على جواز الحيلة واللجوء إليها وبالتالي وفالاحتيال لإسقاط الشفعة جائز عملا بهذا الحديث .

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم جواز الاحتيال لإسقاط الشفعة عملا بهذا الحديث لأن الحدود من حقوق الله تعالى وهي مبنية على المسامحة بخلاف الشفعة فإنها حق من حقوق العباد وهي مبنية على المشاحة .

---

(١) إغاثة اللهفان ج: ٢ ص: ٩٨ (٢) إغاثة اللهفان ج: ٢ ص: ٩٧

ثالثا ــ المعقول : إن الشفيع لم يأخذ بالشفعة بما وقع البيع به وبالتـــالي فلا يستحق الأخذ بها في هذه الحالة .

جاء في المغني :".. لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لـــو لم يكن حيلة " (١)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم ذلك لأن الشفيع لم يأخذ بالشفعة لأن كلا من البائع والمشتري اتفقا على خداعه بالاتفــاق علـــى جعــل الشيء الذي هو بمائة بألف والإنسان لا يأخذ الشيء الذي يســـتحق مائة بألف فكان تركها لأجل هذا المعنى ومن ثم فلا يكـــون ذلـــك مسقطا لحقه في الشفعة .

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه المالكيـــة والحنابلـــة القـــائلون بـــأن الاحتيال لإسقاط الشفعة عمل محرم وذلك لقوة أدلـــتهم وســـلامتها وخلوها عن المعارض القوي وما استند إليه المخالفون من أدلة فهي أدلة لم تدل على جواز الاحتيال لإسقاط حق مســـلم بغيـــر مبـــرر مشروع وإنما هي أدلة تفيد جواز الاحتيال على الكفار للوصول للغرض المشروع ولم تدل آيات قط على جواز إسقاط حق مسلم والاحتيال عليه دون مبرر مشروع لذا كان ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية وهو الأولى بالقبول في هذه المسألة . والله أعلم

---

(١) المغني ٥ / ٢٠٤

المبحث الخامس

مسقطات الشفعة

من خلال ما تقدم من عرض لأحكام الشفعة وضـــوابطها يمكـــن القول إن الشفعة تسقط بواحد من الأمور التالية .

أولا ـــ بيع الشفيع ما يشفع به من عقار ونحوه قبل القضاء بالشفعة .

من المعلوم أن سبب استحقاق الشفعة هو اتصال الملك بالشركة في ذات المبيع كما يرى الجمهور أو الشركة في حق من حقوق المبيـــع (حـــق الشرب وحق المجرى وحق المسيل) أو الجوار كما يرى الحنفية .فـــإذا باع الشفيع نصيبه في الشيء الذي يشفع به فإن حقه في الشفعة يسقط .

وهذا ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة بخلاف ابن حزم فإنه يرى أن الشفعة لا تسقط في هذه الحالة .(١)

جاء في المغني :" ومن وجبت له الشفعة فبـــاع نصـــيبه عالمـــا بـــذلك سقطت شفعته لأنه لم يبق له ملك يستحق به ولأن الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه وإن باع بعضه ففيـــه وجهان :

أحدهما : تسقط أيضا لأنها استحقت بجميعه فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة فيسقط باقيها لأنها لا تتبعض فيسقط جميعهـــا بسقوط بعضها كالنكاح والرق وكما لو عفي عن بعضها

---

(١) الدر المختار٥ / ١٧٠ ، المهذب ١ / ٣٨١ ، كشاف القناع ٤ / ١٦٩ ، المحلى ٩ /١١٦

والثاني : لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه مما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقي " (١)

ثانيا ــ التنازل عن الشفعة صراحة أو ضمنا .

أ ــ **التنازل الصريح عن الشفعة** : وذلك بأن يقول الشفيع لا ارغب فيها أو لا أريدها أو أسقطتها أو أبطلتها أو أبرأتك عنها أو عفوت عنها أو سلمتها ونحو ذلك فكل ذلك تنازل صريح تسقط به الشفعة .(٢)

هذا إذا كان التنازل عن الشفعة بعد البيع ولكن ما الحكم لو أسقط الشفيع حقه في الشفعة قبل ثبوته هل تسقط أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسالة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم إلى أن الشفعة لا تسقط قبل وجود سببها ومن

---

(١) المغني ج: ٥ ص: ١٩٠

(٢) جاء في البدائع :" وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته في الأصل نوعان : اختياري ، وضروري والاختياري نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة أما الأول فنحو أن يقول الشفيع أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك لأن الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطا كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع لأن هذا إسقاط الحق صريحا وصريح الإسقاط يستوي فيه العلم والجهل كالطلاق والإبراء عن الحقوق بخلاف الإسقاط من طريق الدلالة فإنه لا يسقط حقه ثمة إلا العلم " البدائع ٥ / ١٩ .

ثم فلو عفا الشفيع عن حقه قبل البيع فإن حقه في المطالبـــة بالشـــفعة لا يسقط بهذا الإسقاط .

قال ابن قدامة :" وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبـــل البيـــع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط ولـــه المطالبة بها متى وجد اليبع هذا ظاهر المـــذهب وهـــو مـــذهب مالـــك والشافعي والبتي وأصحاب الرأي " (١)

الرأي الثاني : ذهب الإمام أحمد في الرواية الثانية عنه أن الشفعة تسقط بإسقاطها أو تنازل الشفيع عنها قبل البيع وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث .(٢)

[الأدلـــــــــــــــــــــــــــــــــــة]

[أ] أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن التنازل عن الشـــفعة قبـــل وجود سببها لا يسقط المطالبة بها مرة أخرى بما يلي :

القياس من وجهين :

الوجه الأول : القياس على الإبراء مما يجب له بجامع أن كـــلا منهمـــا إسقاط حق قبل وجوبه فلم يسقط .

الوجه الثاني : القياس على إسقاط المرأة صداقها قبل النكـــاح لأن كـــلا منهما إسقاط حق قبل وجوده فلم يسقط .

---

(١) المغني ج: ٥ ص:٢١٨ / ٢١٩ ، البدائع ٥ / ١٩ ، حاشـــية الدســـوقي ٣ / ٤٨٦ ، مغنـــي المحتاج ٢ / ٣٠٨ ، كشاف القناع ٤ / ١٤٣ ،

(٢) المغني ٥ /٢١٩ .

جاء في المغني :"ووجه الأول أنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كمـــا لو أبرأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صـــــــداقها قبل التزويج " (١)

[ب] استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بأن التنازل عن حق الشفعة قبل البيع مسقط لها بما يلي :

أولا ــ من السنة : بما روي في حديث جابر أن النبي صلى الله عليـــه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحـــق بـــه " (٢)

وجه الدلالة : فدل هذا الحديث بظاهرة على وجوب العرض على الشفيع قبل البيع وليس لهذا معنى إلا اعتبار رغبة الشفيع في الأخـــذ أو التـــرك وإلا لم يكن لهذا العرض معنى فدل ذلك على أن التنازل عن الشفعة قبل البيع مسقط لها .

مناقشة هذا الاستدلال : قال ابن قدامة : وأما الخبر فيحتمـــل أنـــه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك إن أراد فتخف عليـــه المؤنـــة ويكتفـــي بأخـــذ المشتري لا إسقاط حقه من شفعته " (٣)

ثانيا ــ من المعقول : إن الشفعة تثبت في موضع الاتفاق على خـــلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره علـــــــــى

(١) المغني ٥ /٢١٩

(٢) سبق تخريجه .

(٣) المغني ٥ /٢١٩

المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضـــرر على شريكه وتركه الإحسان إليه في عرضه عليه وهذا المعنى معـــدوم ههنا فإنه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر فـــي حقه ببيعه وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشـــفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع . (١)

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بأن الشفيع إذا أسقط الشفعة قبل وجود سببها لا يسقط حقه في المطالبة بها بعد البيع عند وجود سبب الاستحقاق وذلك لأنه في الصورة الأولى قد أسقط حقا قبل وجود ســـببه فلا يعتد به ولا يعل عليه ثم إنه إن شاء الأخذ بعد ذلك بناء على أنه رأى أن المصلحة في الطلب فله ذلك . والله أعلم .

[ب] التنازل عن الشفعة ضمنا :

وذلك إذا وجد من الشفيع من ما يدل على رضاه بالعقد مثل تركه طلـــب المواثبة أو طلب التقرير بعد العلم بالبيع مع القدرة عليه بأن يترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس الذي علـــم فيـــه بـــالبيع أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر لأن ترك الطلب مع القـــدرة عليـــه دليـــل الرضا بالعقد .(٢)

---

(١) المغني ٥ /٢١٩ (٢) البدائع ٥ / ١٨ ، الفقه الإسلامي ٦ / ٤٩٣٨ .

جاء في البدائع : وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضا وذلك نحو ما إذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد " (١)

ثالثا ــ التصالح على حق الشفعة :

إذا تصالح الشفيع عن حقه في الشفعة بأخذ عوض عنه سقطت شفعته لتضمن فعله الإعراض عن الشفعة وعليه رد العوض الذي أخذه لبطلان الصلح وبيع الحق لأن الشفعة مجرد حق في التملك وقد شرعت لرفع الضرر عن الشفيع فلا تصلح المعاوضة عن هذا الحق ويكون الاعتياض عنه رشوة .

قال الكاساني :" ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض وبطل حق الشفعة .

أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق في المحل لأن الثابت للشفيع حق التملك وأنه عبارة عن ولاية التملك وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض .

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٢١

وأما بطلان حق الشفيع في الشفعة فلأنه أسقطه بالصلح فالصلح وإن لم يصح فإسقاط حق الشفعة صحيح لأن صحته لا تقف على العوض بل هو شيء من الأموال لا يصلح عوضا عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كأنه سلم بلا عوض " (١)

رابعا ــ تنازل الشفيع عن بعض المشفوع فيه .

إذا طلب الشفيع الأخذ بالشفعة في بعض المبيع وتنازل عن البعض الآخر فقد اختلف الفقهاء في سقوط حقه في الشفعة في هذه احالة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى سقوط الشفعة في حالة مطالبة الشفيع ببعض المشفوع فيه دون البعض الآخر .(٢)

قال ابن ضويان :" الرابع أخذ جميع المبيع دفعا لضرر المشتري بتبغيض الصفقة في حقه بأخذ بعض المبيع مع أن الشفعة على خلاف الأصل دفعا لضرر الشركة والضرر لا يزال بالضرر فإن طلب أخذ البعض مع بقاء الكل سقطت شفعته لما تقدم " (٣)

الرأي الثاني : ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أن التنازل عن بعض المشفوع فيه لا يسقط حق الشفيع في الباقي .

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٢١

(٢) البدائع ٥ /٢١ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٥٨ ،روضة الطالبين ٥ /١٠٢ ، المبدع ٥ /٢١٣ ، الروض المربع ٢ /٤٠٦ ، كشاف القناع ٤ / ١٤٧ ،

(٣) منار السبيل ج: ١ ص: ٤١٣

قال الكاساني :" ولو سلم الشفعة في النصف بطلت في الكل لأنــه لما سلم في النصف بطل حقه في النصف المسلم فيه بصــريح الإســقاط وبطل حقه في النصف الباقي لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري فبطلت شفعته في الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكــون ذلــك تسليما منه للشفعة في الكل اختلف فيه أبو يوسف ومحمد

قال أبو يوسف : لا يكون تسليما

وقال محمد : يكون تسليما في الكل إلا أن يكون سبق منه طلــب الكــل بالشفعة فلم يسلم له المشتري فقال له حينئذ أعطني نصفها على أن أســلم لك النصف الباقي فإن هذا لا يكون تسليما " (١)

[الأدلـــــــــــــــــــــــــة]

[أ] استدلال الرأي الأول : استدل الجمهور القائلون بأن تنازل الشــفيع عن بعض المشفوع فيه مسقط للشفعة بما يلي :

١ ــ إن الشفعة لا تتبعض فإذا طلب البعض دون البعض الآخــر ســقط حقه في الكل .(٢)

٢ ــ أنه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه في النصف الآخر لأنه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه وذا دليل الرضا فبطل حقــه فيــه فيبطل حقه في النصف المطلوب ضرورة لتعذر تفريق الصفقة على المشتري بخلاف ما إذا كان سبق منه الطلب في الكل لأنه لما طـــلب

---

(١) البدائع ٥ / ٢١ (٢) الشرح الكبير ٧ / ١٨٠

في الكل فقد تقرر حقه في الكل ولم يكن قوله بعد ذلك أعطني النصف على أن أسلم لك النصف الباقي تسليما بخلاف ما إذا قال ابتداء لأن الحق لم يتقرر بعد . (١)

[ب] **استدلال الرأي الثاني** : استدل أبو يوسف على أن الشفعة لا تسقط بالتنازل عن بعض المشفوع فيه بما يلي :

أن الحق ثبت له في كل الدار والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط ولم يوجد فبقي كما كان إن شاء أخذ الكل بالشفعة وإن شاء ترك .(٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه القائلون بسقوط الشفعة في الكل إذا رغب الشفيع في التنازل عن بعضها وذلك حتى لا تتبعض الصفقة على المشتري لأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشفيع ولا نرفع الضرر عن الشفيع بإدخاله على الغير وذلك بتفريق الصفقة على المشتري لذا كان رأي الجمهور هو الأولى بالقبول في هذه المسألة . والله أعلم .

خامسا ــ موت الشفيع (٣) :

اختلف الفقهاء في حكم موت الشفيع قبل أن يأخذ بالشفعة هل يعد موته مسقطا لها أو أنها تنتقل إلى الورثة ؟

---

(١) ، (٢) البدائع ٥ / ٢٢ .

(٣) سبق بيان حكم هذه المسألة أثناء الحديث على ميراث الشفعة لذا لن نتوسع في تفصيلها ونحيل القاريء الكريم إلى تناولها بالتفصيل في محلها السابق .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الحنفية إلى أن الشفعة لا تورث وتبطل بموت الشفيع وهو قول الحسن والثوري والشعبي وإسحاق وابن سيرين والنخعي .

جاء في البحر الرائق :" قال رحمه الله وبموت الشفيع لا المشتري يعني بموت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري (١)

الرأي الثاني : ذهب المالكية والشافعية والعنبري إلى الشفعة تنتقل إلى الورثة بموت الشفيع (٢)

الرأي الثالث : ذهب الحنابلة والظاهرية إلى أن الشفعة تورث إذا طلبها الشفيع قبل موته

جاء في الإنصاف :" وإن مات الشفيع بطلت الشفعة إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه إذا مات الشفيع فلا يخلو إما أن يكون قد مات قبل طلبها أو بعده فإن مات قبل طلبها لم يستحق الورثة الشفعة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه مرارا قال في القواعد الفقهية لا تورث مطالبة الشفعة من غير مطالبة ربها على الصحيح من المذهب "(٣)

الرأي الراجح :

والراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه المالكية والشافعية ومن

---

(١) البحر الرائق ج: ٨ ص: ١٦٠ ، المبسوط ١٤ /١٧٢ ، الهداية شرح البداية ج: ٤ ص: ٣٨، الدر المختار ، ٢٤١/٦

(٢) بداية المجتهد ٢ /٢١٢ ، المدونة ١٤ /٤١٧ ، الوسيط ٥ /٤٢٥ .

(٣) الإنصاف للمرداوي ج: ٦ ص: ٢٩٧ ، المبدع ج: ٥ ص: ٢٢٣ ، المحلى ٩ /٩٦

وافقهم إلى أن حق الشفعة ينتقل بموت الشفيع إلى الورثة قياسا على حق الرد بالعيب في المبيع ولأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك أو الجار وهو موجود في حق لورثة لذا وجب أن ينتقل هذا الحق إليهم ، وما ما ذهب إليه المخالف من أدلة فلم تسلم من الطعن والمناقشة الأمر الذي يجعل النفس تميل إلى ترجيح الرأي القائل بإرث الشفعة والعمل بموجبه . والله أعلم .

سادسا ــ عجز الشفيع عن دفع الثمن . (١)

إذا عجز الشفيع عن الثمن للمشتري فقد تقدم القول إنه على القاضي أن يمهله مدة ليحضر فيها الثمن عملا بقوله تعالى :" وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " فإن لم يقدرعلى إحضار الثمن في هذه المدة فقد سقط حقه في طلب الشفعة .

---

(١) اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الشفيع إذا عجز عن دفع ثمن الشيء المشفوع فيه فإن حقه في طلب الأخذ بالشفعة يسقط ولا شفعة له في هذه الحالة .

قال الشيرازي :" ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض " المهذب ج: ١ ص: ٣٧٨

وقال ابن قدامة :" ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن " المغني ج: ٥ ص: ٢٠٣

الرأي الثاني : ذهب الحنفية والظاهرية إلى أن الشفيع في هذه الحالة لا يبطل حقه في الأخذ بالشفعة وللمشتري حبس المشفوع فيه حتى يأخذ حقه. جاء في البدائع :" .. فإذا طالبه بها الشفيع يقضي القاضي له بالشفعة سواء حضر الثمن أو لا في ظاهر الرواية وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع ." بدائع الصنائع ج: ٥ ص: ٢٤ ، المحلى ١٠ / ٢٧ . =

سابعا ــ خروج عن المشفوع فيه عن ملك صاحبه بعقد لا عوض فيه (١)

إذا خرج المشفوع فيه عن ملك صاحبه بعقد لا معاوضة فيه فالراجح الذي سبق ذكره أن الشفعة في هذه الحالة تسقط ولا يحق للشفيع المطالبة بالشفعة في هذه الحالة

= **الرأي الثالث** : ذهب المالكية في هذه الحالة إلى التفرقة بين عدة حالات:

الحالة الأولى : أن يقول الشفيع أخذت وقد عرف الثمن وسلم المشترى له الأخذ فيلزم المشترى أن يسلم الشقص للشفيع ولا رجوع لواحد منهما ثم إن أتى الشفيع بالثمن فلا كلام وإن لم يأت به فإن الحاكم يؤجله ثم يبيع من ماله بقدر الثمن

الحالة الثانية : أن يقول الشفيع أخذت مع معرفته للثمن ويسكت المشترى فإن أتى الشفيع بالثمن أجبر المشتري على أخذه وإن لم يأت الشفيع بالثمن فإن الحاكم يؤجله باجتهاده فإن مضى الأجل ولم يأت به فله أن يبقى على طلب الثمن فيباع له من مال الشفيع بقدره وله أن يبطل أخذ الشفيع ويبقى الشقص لنفسه

الحالة الثالثة : أن يقول الشفيع أخذت ويأبى المشتري ذلك فإن عجل الشفيع الثمن أجبر على أخذه وإن لم يعجله أبطل الحاكم شفعته من غير تأجيل في هذه حيث أراد المشترى ذلك وله أن يرضى باتباعه بالثمن فيباع له ولو للشقص . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٤٨٩

(١) اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في قول والشافعية والحنابلة إلى أن الشفعة لا تثبت في المشفوع فيه المنتقل إلى الغير بعقد لا معاوضة فيه كالوصية والهبة بلا ثواب ونحو ذلك .قال ابن قدامة :" الشرط الرابع : أن يكون شقصا منتقلا بعوض ، وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي "

الرأي الثاني : حكي عن الإمام مالك في رواية وابن أبي ليلى أن المشفوع فيه المنتقل بغير عوض كالهبة بلا ثواب والوصية تثبت فيه الشفعة

فهرس الصفحات

المطلب الثاني : المشفوع فيه

الفرع الأول : حكم ثبوت الشفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة

فهرس الصفحات